Begriff und Wesen des strafrechtlichen Gewahrsams

in §§ 242 und 246, mit Berücksichtigung des Bürgerlichen Rechtes.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Königl. Universität zu Breslau

ACAD. LUGDBAT BIBL.

vorgelegt von

Hans Weber.

Breslau 1909.

Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Gretener.

Korreferent: Professor Dr. Fischer.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

§ 2. I. Der Standpunkt des R.St.G.B. in bezug auf den Gewahrsam und der **Begriff** des Gewahrsams . . 1

§ 3. II. **Wesen** des Gewahrsams 6

1. er ist ein **tatsächliches Verhältnis** und stimmt mit dem Besitz des B.G.B. nicht überein, insofern

§ 4. a) das B.G.B. das Strafrecht **nicht prinzipiell** beeinflußt hat. 8

§ 5. b) durch eine induktive Betrachtung beider Gesetze eine **zufällige** Übereinstimmung sich nicht ergibt 14

Dieses tatsächliche Verhältnis zeigt sich

§ 6. 2. in einem **räumlichen Herrschaftsverhältnis** . . 23

§ 7. 3. in dem Hervortreten eines **Herrschaftswillens** 28

§ 8. III. Was ergibt sich hieraus für

1. Erwerb
2. Fortdauer
3. Verlust

} des Gewahrsams 42

§ 9. IV. Das Wesen des **Mitgewahrsams** 46

Literatur-Verzeichnis.

Adelung, Grammatisch-krit. Wörterbuch der hochdeutschen Mundart mit beständiger Vergleichung der übrigen Mundarten. 2. Teil. 2. Aufl. Leipzig 1796.

Bierling, Juristische Prinzipienlehre. Bd. 3. Tübingen 1905.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 13. Aufl.

— Kritik des Entwurfes eines Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund. 1869.

Binding, Normen. Bd. 2. 1877.

— Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. Bd. 1. 2. Aufl. 1902.

Brinz, Pandekten.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches. 8. und 9. Aufl. Bd. 2, 1. Abt. Sachenrecht. 1905.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 3. Buch Sachenrecht (mit Begründungen). Bd. 1.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz. 3. und 4. Aufl. 1903.

— Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz. 5. bis 7. Aufl. 1908.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe. 6. Aufl. 1904.

Geyer, A., Grundriß zu den Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. 2. Hälfte, besonderer Teil. 1885.

Goldschmidt, L., Vermischte Schriften. Bd. 1. Berlin 1901.

Goltdammer, Die Materialien zum Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten. Teil 1. 1851. Teil 2. 1852.

Hälschner, H., Das preußische Strafrecht. 3. Teil (den 1. Abschnitt des besonderen Teils des Systems umfassend). Bonn 1868.

— Das gemeine deutsche Strafrecht, systemat. zusammengestellt. 2. Bd. (der besondere Teil des Systems). 1. Abt. Bonn 1884.

Hönighaus, R., Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund mit den vollständigen amtlichen Motiven. 1870.

Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen. Bd. 3. 1874.

Janka, K., Das österreichische Strafrecht. 2. Aufl. 1890.
Jehrings Jahrbücher für Dogmatik. Bd. 38.
Juristische Vierteljahrsschrift. Bd. 33. Wien 1901.
Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 3. Folge Bd. 8, der ganzen Folge Bd. 44. 1903.
Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1908.
Lobe, Über den Einfluß des Bürgerlichen Gesetzbuches auf das Strafrecht, unter besonderer Berücksichtigung des Besitzes. 1898.
Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 6. Aufl. 1907.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1. 1899.
Olshausen, J., Kommentar zum Strafgesetzbuch. 7. Aufl. bearbeitet unter Mitwirkung von A. Zweigert. Bd. 2. 1906.
Oppenhoff-Delius, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14 Aufl. 1901.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. Leipzig 1874.
v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 5. Aufl. Leipzig 1884.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3. 3./4. Aufl. 1907.
— Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3. 1898.
Stenglein, Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher.
Strandungs-Ordnung vom 17. Mai 1874 (in Gesetzsammlung für die Königl. Preuß. Staaten 1860 bis 1883 inkl. Bd. 5). Berlin 1884. 6. Aufl.
Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform. Bd. 6. 1907.

Judikatur.

Entscheidungen des Reichsgerichts. Bd. 1, 2, 5, 37, 12, 34, 31, 27, 29, 32, 30, 10, 38.
Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts. Bd. 2, 8.
Oppenhoff, Rechtsprechung. Bd. 6, 14, 16.
Rechtsprechung des Reichsgerichts. Bd. 2, 3, 7, 5.

Zeitschriften.

Annalen des Deutschen Reiches. Bd. 8. 1905.
Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Bd. 44, 45, 47, 48.
Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 97.

Gerichtssaal, Zeitschrift für Strafrecht und Strafprozeß. Bd. 35, 38.
Magazin für öffentliches Recht. Bd. 4. 1884.
Sächsisches Archiv für Rechtspflege. Bd. 2. 1907.
Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeßrecht. Bd. 8. 1898.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. Bd. 57. 1902.
Zeitschrift für Schweizer Strafrecht. (Revue pénale Suisse.) Bern 1893. Bd. 6.
Deutsche Juristenzeitung. Bd. 5. 1900.
Deutsche Juristenzeitung. Bd. 11. 1906.

Dissertationen.

Micelli, Der Begriff des Gewahrsams im Strafrechte. 1906.
Ewald, E., Der Begriff des Gewahrsams in den beiden Delikten Diebstahl und Unterschlagung. Berlin 1900.
Roempler, Der Begriff des Gewahrsams in Zivil- und Strafrecht. Göttingen 1894.

§ 1.

„Die Gewahrsame ist ein nur noch hin und wieder in der gerichtlichen Schreibart übliches Wort" konnte wohl Adelung[1]) Ende des 18. Jahrhunderts schreiben. Wenn wir uns aber die neuere Gesetzgebung auf die Anwendung des Wortes „Gewahrsam" hin ansehen, so werden wir die Ansicht Adelungs nicht bestätigt finden. Besonders fällt uns eine große Unsicherheit über den Gebrauch des Artikels auf. So erklärt das Preußische Allgemeine Landrecht „die Gewahrsam" ist das physische Vermögen. . . . Männlich wird es gebraucht in dem Sächsischen B.G.B. von 1863 im § 213, in dem Entwurfe eines B.G.B. für Bayern von 1864 im 7. III 1. Hauptst. Art. 4, im Schweizer Obligationenrecht (1881) Art. 201, 202 u. a. Auch in der neueren Reichsgesetzgebung[2]), z. B. A.D.H.G.B. Art. 313, 374, Z.P.O. §§ 712 ff. und K.O. § 36 heißt es „der Gewahrsam". Bei Brinz[3]) finden wir auch „das" Gewahrsam.

§ 2.

Eine nicht unbedeutende Rolle spielt der Gewahrsamsbegriff im heutigen Reichs-Strafrechte. Die Delikte des Diebstahls (§§ 242 ff., 245, 247, 248), des Raubes (§§ 249 bis 252), ferner die §§ 289, 291 und 370, No. 2, 5, 6, St.G.B. setzen alle „Gewahrsam" des Täters voraus. Ihnen

---

[1]) Grammatisch-kritisches Wörterbuch der hochdeutschen Mundart mit beständiger Vergleichung der übrigen Mundarten. 2. Teil F—L, Leipzig 1796, 2. Aufl. S. 680.

[2]) Vgl. Goldschmidt, Vermischte Schriften, Bd. 1 S. 129 ff.

[3]) Pandekten, Bd. 1 S. 135.

allen ist das Tatbestandsmerkmal des „Gewahrsams“ gemeinsam. Zwar findet sich dieses Wort selbst in den genannten Paragraphen nicht. Es ist nur überall an diesen Stellen von einem „Wegnehmen“ bezw. „Entwenden“ die Rede. Man ist aber, obwohl der Ausdruck „Gewahrsam“ an den erwähnten Stellen vermieden worden ist, in Wissenschaft und Praxis darin einig, daß in dem Wegnehmen nicht mehr und nicht weniger als eine Handlung zu sehen ist, durch welche der Gewahrsam des bisherigen Inhabers gebrochen und der Gewahrsam des Diebes begründet wird.[1]) Es muß sich also derjenige, dem die Sache weggenommen wird, im betreffenden Augenblicke in ihrer Innehabung befinden, die volle Verfügungsgewalt über sie haben, d. h. wie das Reichtgericht richtig sagt:[2]) „er muß sich in der physischen Lage befinden, dieselbe jeden Augenblick wieder an sich zu nehmen.“[3]) Von besonderer praktischer Bedeutung wird dies, wenn es sich um die Abgrenzung des Deliktes des Diebstahls von dem der Unterschlagung handelt, weil die Unterschlagung im Gegensatz zum Diebstahl eigenen Gewahrsam des Täters voraussetzt.

Um nun auf den Begriff „Gewahrsam“ selbst zurückzukommen, so finden wir denselben ausdrücklich angewandt im § 246.[4]) Es heißt dort:

> Wer eine fremde bewegliche Sache, die er in „Besitz oder Gewahrsam“ hat, sich rechtswidrig zueignet, wird wegen Unterschlagung . . . bestraft.[5])

Aber, wie wir sehen, wird der Begriff hier in der Verbindung „Besitz oder Gewahrsam“ gebraucht. Immer aber

---

[1]) Vgl. Binding, Normen, Bd. 2 S. 543.

[2]) Entsch. d. R.G. i. Str., Bd. 1 S. 289.

[3]) Ebenso Entsch. d. R.G. i. Str., Bd. 37 S. 200.

[4]) Abgesehen ist in vorliegender Abhandlung von denjenigen Stellen des St.G.B., die von dem „amtlichen Gewahrsam“ (§ 133 St.G.B.) handeln.

[5]) Im Gegensatz hierzu heißt es in § 242 nur: „Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Diebstahls mit Gefängnis bestraft.

ist hierbei nur von einem Gewahrsamsbruche, der an beweglichen Sachen begangen wird, die Rede.[1])

Wie schon angedeutet, ist dieser strafrechtliche Besitz, der „Gewahrsam", insofern von ganz besonderer Wichtigkeit, als er nicht nur ein gemeinschaftliches Tatbestandsmerkmal für Diebstahl und Unterschlagung bildet, sondern sich mit ihm auch das durchgreifende Unterscheidungsmerkmal zwischen Diebstahl und Unterschlagung, zwischen „dieblichem Nehmen" und „dieblichem Behalten"[2]) verknüpft, wie auch schon die Motive zu § 246 sagen:[3]) „Insbesondere sind die verbrecherische Absicht und die bezweckte Vermögensbeschädigung bei beiden Vergehen dieselben, und es ist nur der Umstand, daß bei der Unterschlagung keine Entziehung der Sache aus dem Gewahrsam einer anderen Person stattgefunden, das unterscheidende Merkmal."

Es soll nun im folgenden zunächst auf die Begriffe „Besitz oder Gewahrsam" des § 246 ihrer äußeren Bedeutung nach kurz eingegangen werden. Vor allem ist festzustellen, daß hinsichtlich dieser beiden Begriffe kein gegensätzlicher Sinn anzunehmen ist. Wenn das Gesetz sich dieser Wortverbindung bedient, so vereinigt es die beiden Begriffe nur, um einer etwaigen Unsicherheit über den Umfang des Gewahrsamsbegriffes vorzubeugen. Der Begriff „Besitz" dient m. E. zu nichts weiter als zur schärferen Umgrenzung des Begriffes „Gewahrsam" und nur die Knappheit der Form, die jedem Gesetz eigen sein muß, hat die Fassung Besitz „oder" Gewahrsam verlangt; hier zwar, wie so häufig, auf Kosten des Verständnisses. In demselben Sinne spricht sich auch das Reichsgericht aus, wenn es

[1]) Es findet sich außerdem ausdrücklich noch das Wort „Gewahrsam" in den §§ 168 und 367, 1. Hier handelt es sich um die Wegnahme einer Leiche bezw. eines Leichenteiles „aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Person".

[2]) Vgl. hierzu Motive zu § 241 des Entw. z. R.Str.G.B. und Entsch. d. R.G., Bd. 5 S. 223.

[3]) R. Hönighaus, Motive zu § 246 im St.G.B. für den nordd. Bund mit den vollständigen amtlichen Motiven. Berlin 1870.

wörtlich sagt:[1]) „Aus der Fassung des Gesetzes ‚Besitz oder Gewahrsam' ist nicht die Notwendigkeit abzuleiten, daß unter ‚Besitz' ein von dem ‚Gewahrsam' an der Sache wesentlich verschiedenes Verhältnis zu dieser zu verstehen sei. Die Wahl beider Worte läßt sich vielmehr aus dem Bestreben des Gesetzgebers erklären, der Unsicherheit zu begegnen, die bei dem Mangel fester Begriffsbestimmungen aus dem ausschließlichen Gebrauche eines derselben hätte entstehen können." Auch eine Reihe von Schriftstellern vertritt in diesem Punkte eine ähnliche Ansicht, insbesondere sagt Binding:[2]) „Von diesem Besitz noch einen Gewahrsam zu scheiden, der andere Merkmale an sich trüge, ist unerlaubt. In G.B. § 246 sind die Worte ‚in Besitz oder Gewahrsam' tautolog." Verschiedentlich hat man auch der Meinung Ausdruck gegeben, daß der Gebrauch dieser beiden Worte als ἓν διὰ δυοῖν zu bezeichnen sei, wie es besonders Frank[3]) tut. Ebenso sagt auch H. Meyer:[4]) „Das Gesetz spricht von ‚Besitz oder Gewahrsam', was von Besitz im Sinne von Gewahrsam zu verstehen ist."[5])

Der Grund für den Gesetzgeber, diese beiden Worte nebeneinander zu gebrauchen, lag eben darin, daß man bei der Abfassung des Strafgesetzbuches „wegen der Unklarheit der landrechtlichen Lehre jedes Eingehen auf die Besitzverhältnisse möglichst vermeiden wollte".[6]) Es wäre somit ohne weiteres gestattet, anstatt des Wortes „Gewahrsam"

---

[1]) Entsch. d. R.G. i. Str., Bd. 37 S. 200.

[2]) Lehrb., Bd. 1 S. 286.

[3]) St.G.B. für das Deutsche Reich, 3. und 4. Aufl. (1903) S. 330 Anm. 4.

[4]) S. 446 Anm. 32.

[5]) Ebenso Schröder, Archiv für zivil. Praxis, Bd. 97 S. 374: „Besitz und Gewahrsam gleichbedeutend gebraucht" und Endemann, Einführg. i. d. Stud. d. B.G.B., Bd. 2 S. 192 Anm. 38: „Besitz oder Gewahrsam scheinen als zwei sich ergänzende Tatbestände nebeneinander aufgeführt zu sein."

[6]) Vgl. Goltdammer, Die Materialien zum Preuß. Str.G.B., Bd. 2 S. 459.

den Ausdruck „Besitz“ zu gebrauchen.[1]) In den älteren Strafgesetzbüchern finden wir auch den Ausdruck Besitz oder einen ähnlichen in unserem heutigen Sinne des „Gewahrsam“ angewendet. So sagt das St.G.B. von Baden im § 376: „. . . in der Inhabung eines anderen befindlichen.“ Das Sächsische St.G.B. spricht im Art. 272 von Wegnahme „aus fremder Inhabung“. In dem Thüringer St.G.B. Art. 213 finden wir die Worte: „. . . aus dem Besitze des Eigentümers oder des dritten Inhabers.“ Das Österreichische G.B. sagt: „. . . aus dem Besitz . .“ Der alleinige Gebrauch des Wortes „Besitz“ ist geradezu von Binding[2]) und Rotering[3]) empfohlen worden, indem letzterer das Wort Besitz etymologisch für richtiger hält. Jedoch ist ihre Ansicht in dieser Beziehung einzig dastehend. Denn ihre Begründung, es könnte, wenn man dies nicht täte, leicht eine Verwechslung mit dem landrechtlichen Gewahrsam stattfinden, büßt nun — nach der Geltungskraft des B.G.B. — wesentlich an Bedeutung ein, ja sie wird geradezu hinfällig. Freilich sind ja die „Lebensbeziehungen Besitz und Gewahrsam“, wie Schröder[4]) sie nennt, ursprünglich ihrem Inhalte nach die gleichen. In der weiteren Entwicklung des Rechtsbewußtseins brachte jedoch das gemeine Recht den Begriff des Besitzes in Zusammenhang mit dem römischen durch Besitzinterdikte rechtlich geschützten Begriff der possessio. In späterer Ausbildung des Rechtes nun, in der Zeit des neuen deutschen Rechtes, fand zwischen diesen beiden Begriffen eine scharfe Trennung statt. Die Begriffe, die einst wesensgleich waren, wurden nunmehr in verschiedenem Sinne für zwei verschiedene Rechtsinstitute in Anwendung gebracht. Der Besitz im zivilistischen Sinne wurde ein besonders technischer Begriff für ein gesondertes Rechtsinstitut. Der Gewahrsamsbegriff dagegen behielt sein

[1]) Dies tut z. B. Meyer-Allfeld, Lehrb., 6. Aufl. S. 454 unten; ebenso Binding in seinem Lehrb.

[2]) Lehrb., Bd. 1 S. 286.

[3]) Annalen des Deutschen Reiches, Bd. 38 S. 299.

[4]) Archiv für zivil. Praxis, Bd. 97 S. 373/74.

ursprüngliches Wesen bei. Man bezeichnete mit ihm weiterhin das natürliche Verhältnis zu einer Sache.

Diese Betrachtungen mögen vorausgeschickt sein, bevor im folgenden das Wesen des Gewahrsams selbst einer genaueren Untersuchung unterzogen werden soll.

§ 3.

Ein näheres Eingehen auf das Wesen des Gewahrsams wäre nicht nötig, wenn wir der Ansicht derjenigen Schriftsteller uns anschließen würden, die den Gewahrsam des Strafrechts mit dem Besitz des Zivilrechts identifizieren.[1]) Es wäre dann nur nötig zu untersuchen, wie die Besitzverhältnisse in Beziehung auf das Bürgerliche Recht liegen und der Kriminalist hätte dann dieses gefundene Resultat auf seinen Fall anzuwenden. Diese Identität aber besteht, wie wir im folgenden sehen werden, nicht. Es ist der strafrechtliche Gewahrsam durchaus scharf von dem zivilen Besitz zu trennen. Aus den späteren Erörterungen wird es sich ergeben, wie hinfällig die Ansicht von Goldschmidt[2]) wird, welcher behauptet: „Das B.G.B. braucht, wenn man von der Fiktion des mittelbaren Besitzes in § 868 absieht, den Ausdruck ‚Besitz', den es in § 854 als ‚tatsächliche Gewalt' definiert, im gleichen Sinne wie das Strafrecht den Begriff ‚Gewahrsam'." Auch Lißts[3]) Ansicht ist nicht beizupflichten, wenn er sagt: „Der Begriff des strafrechtlichen Gewahrsams deckt sich mithin mit der Begriffsbestimmung des Besitzes in § 854 B.G.B. Wir werden sehen, „daß das St.G.B., soweit es mit dem „Gewahrsam" in den §§ 242 und 246 operiert, dabei die zivilrechtliche Auffassung überhaupt ganz zurückgewiesen hat."[4]) Es sei hier schon auf die Ansicht des Reichs-

[1]) Vgl. z. B. Finger, Krit. Vierteljahrsschr., Bd. 44 S. 579; Goldschmidt, Goltdammers Archiv, Bd. 47 S. 352.

[2]) a. a. O.

[3]) Lehrb. (1908) S. 425 Anm. 5.

[4]) Rotering, Gerichtssaal, Bd. 35 S. 353.

gerichts[1]) hingewiesen, das sich deutlich in Gegensatz zu der eben angeführten Ansicht setzt. Denn „wo Gesetze, welche dem öffentlichen Rechte angehören und insbesondere Strafgesetze von ‚Besitz' sprechen, ist nicht ohne weiteres die Annahme gerechtfertigt, daß dieser Ausdruck nach dem technischen Sprachgebrauche des betreffenden Bürgerlichen Rechtes zu verstehen sei. Vielmehr muß nach dem Zwecke des betreffenden Strafgesetzes, nach seiner Vorgeschichte, sowie nach dem Sinne und Zusammenhange der einzelnen Bestimmungen die Frage geprüft und entschieden werden, was in dem besonderen Falle unter ‚Besitz' hat verstanden werden sollen."[2])

Aber die Gegner finden jetzt unter der Herrschaft des B.G.B. keinen Grund, warum beide Gesetze nicht denselben Besitzbegriff haben sollten. Bisweilen scheint jedoch die Behauptung, daß das B.G.B. durch die Tatsache seiner Existenz den vor ihm vorhanden gewesenen strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff in seinem Sinne modifiziert habe, nicht scharf genug von der geschieden zu sein, daß eine induktive Betrachtung beider Gesetze eine Übereinstimmung der in beiden aufgestellten Begriffe ergebe. Dies ist aber etwas sehr verschiedenes. Angenommen, daß eine solche Induktion diese Übereinstimmung zeigen sollte, so wäre diese doch im besten Falle nur eine zufällige. Hätte aber das B.G.B. das Strafgesetz in der Weise modifiziert, daß sein Besitzbegriff schlechterdings auch für dieses letztere maßgebend ist, dann wäre die Übereinstimmung eine prinzipielle und jede kasuistische Erörterung der Gegner über die Übereinstimmung beider Begriffe hätte unterlassen werden dürfen. Denn es ist eben „die Annahme, daß Besitz, wie er im § 246 St.G.B. vorausgesetzt ist, ohne weiteres in jedem Falle vorliege, in welchem das Bürgerliche Recht solchen anerkennt, nicht angängig".[3])

---

[1]) Entsch. d. R.G. i. Str., Bd. 12 S. 257 ff.

[2]) Vgl. auch Entsch. d. R.G. i. Str., Bd. 37 S. 200 u. Bd. 34 S. 252.

[3]) Entsch. d. R.G. i. Str., Bd. 37 S. 199.

§ 4.

Es handelt sich also darum, zunächst festzustellen, ob das B.G.B. den strafrechtlichen Begriff des Gewahrsams in seinem Sinne gestalten konnte und wollte.

Wie schon oben erwähnt, suchte das St.G.B. wegen der Unklarheit der damaligen Besitzlehre eine Bezugnahme auf das Zivilrecht möglichst zu vermeiden und hat aus diesem Grunde, wie wir im folgenden sehen werden, einen selbstständigen Besitzbegriff aufgestellt. Finden wir nun jetzt auch nach der Einführung des B.G.B. diese Unklarheit beseitigt, so wird doch an der erwähnten Selbständigkeit des strafrechtlichen Besitzbegriffes durchaus nichts geändert. Man könnte höchstens zu der Folgerung kommen, daß ein neues St.G.B. eine derartige selbständige Regelung nicht mehr nötig hätte. Denn der Sinn eines Strafgesetzes muß doch immer derselbe bleiben und kann eine Änderung ex tunc nicht erleiden.

Freilich wird man einwenden können, daß das Zivilrecht doch zweifellos in mancherlei Weise auf das Strafrecht Einfluß habe. Warum sollte sich da nicht auch eine Einwirkung auf den Besitzbegriff nachweisen lassen?

Es soll nicht geleugnet werden, daß das Strafrecht in einigen Punkten Einwirkungen durch das Zivilrecht erfährt. Im § 242 selbst können wir z. B. eine Bezugnahme auf das Zivilrecht feststellen. Es heißt da „wer eine ‚fremde' bewegliche Sache" wegnimmt. Was hier unter dem Worte „fremd" zu verstehen ist, darüber herrscht in der strafrechtlichen Wissenschaft Einigkeit. Man bezeichnet unter „fremder Sache" eine Sache, die in dem Eigentum eines andern steht.[1]) Diese Ansicht findet sich auch in den älteren Strafrechtswerken enthalten. So sagt Geyer:[2])

[1]) So Olshausen, Komm. (7. Aufl.), S. 901 Anm. 5; Harburger, Vergl. Darst., Bd. 6 S. 194; E.R.M.G., Bd. 2 S. 97: „Der § 242 des R.St.G.B. erfordert als Gegenstand des Diebstahls eine fremde, d. h. im Eigentum eines andern als des Täters stehende Sache."

[2]) Grundriß zu Vorlesungen des Deutschen Strafr., Teil 2 (1884) S. 44.

„Die Sache muß in fremdem Eigentum . . . sein.“ Ebenso Schütze:[1]) „eine Sache . . ., welche . . . im Eigentum eines andern als des Täters stand (fremde Sache).“ Wenn es nun heißt: „Die Sache muß für den Täter eine ‚fremde‘ sein, d. h. in dem Eigentum einer anderen (natürlichen oder juristischen) Person stehen“,[2]) so fragt es sich weiter, nach welchem Recht die Frage nach diesem „fremden Eigentum“ gelöst wird. Im Strafrecht finden wir nirgends eine Behandlung der Eigentumsfrage. Ein strafrechtliches Eigentum gibt es überhaupt nicht.[3]) Es handelt sich also hier um eine juristische Frage, die lediglich nach dem geltenden Zivilrecht zu beantworten ist.[4]) Das Strafrecht nimmt eben durch den Ausdruck „fremde Sache“ auf das außerhalb liegende Zivilrecht Bezug. Dieser Ansicht ist auch in konstanter Weise die Praxis gefolgt. Das Reichsgericht hat dieselbe wiederholt in der klarsten Weise ausgesprochen. „Die Frage des Eigentums kann daher nur nach Maßgabe der einschlagenden Zivilgesetze beurteilt werden.“[5]) Ja sogar, wenn der Tatort im Auslande liegt, so ist das dort geltende Zivilrecht für die Frage des fremden Eigentums maßgebend. Das Reichsgericht[6]) sagt daher ganz richtig „ja sogar die privatrechtlichen Wirkungen eines im Auslande abgeschlossenen Rechtsgeschäftes sind nach dem geltenden Zivilrecht zu beurteilen und diese Beurteilung ist auch maßgebend für die Anwendung des deutschen

---

[1]) Lehrb. des deutschen Strafr. (1874) S. 426.

[2]) Vgl. Frank, Lehrb. des Strafr. (1908) S. 379 Anm. 3; ebenso Liszt (1908) S. 423; Meyer-Allfeld (1908) S. 444; Oppenhoff-Delius (1907) S. 567 Anm. 6.; v. Bülow, in Goltdammers Archiv, Bd. 45 S. 321.

[3]) Ebenso Frank S. 379 Anm. 3: „Ein kriminalistisches Eigentum gibt es nicht.“ Vgl. auch Rotering, Gerichtssaal, Bd. 35 S. 353.

[4]) Ebenso Harburger, a. a. O. S. 194; Oppenhoff-Delius, a. a. O. S. 567 Anm. 7.; Olshausen, a. a. O. Anm. 5.

[5]) Rechtspr. d. R.G. i. Str., Bd. 5 S. 793; Entsch. d. R.G. i. Str., Bd. 37 S. 329 und Bd. 31 S. 324.

[6]) Entsch. d. R.G. i. Str., Bd. 27 S. 136/137.

Strafgesetzbuches, soweit dieselbe überhaupt von der Entscheidung einer privatrechtlichen Vorfrage abhängig ist."

Das eben Gesagte läßt sich wohl nicht besser zusammenfassen, als mit den Worten Bindings:[1]) „Es muß das Delikt des Diebstahls bezüglich seiner Voraussetzung des Eigentums in vollster Abhängigkeit von dem Privatrechte stehen: ein ihm gegenüber selbständiges ‚strafrechtliches Eigentum' ist ein Ungedanke." Es entscheidet also für das Strafrecht, wie wir gesehen haben, das zivilistische Eigentum. Da dieses jedoch ein für das Bürgerliche Recht grundlegendes Rechtsinstitut ist und die umfassendste juristische Herrschaftsausübung darstellt, so tritt hier natürlich das Strafrecht helfend und schützend dem Zivilrecht an die Seite.[2])

Wir sehen also, daß sich das Strafgesetz Beeinflussungen gefallen lassen muß immer gerade von der Seite her, von welcher es seine Begriffe nimmt. Daß das eben Gesagte zutrifft, finden wir ferner bestätigt, wenn wir die bedeutsamen Reichsgerichtsentscheidungen vom 20. Oktober 1896[3]) und 1. Mai 1899[4]) einer Prüfung unterziehen. Das Reichsgericht weist ganz allgemein darauf hin, daß der Begriff der „Sache" nicht aus den Sätzen des Bürgerlichen Rechtes abzuleiten sei, sondern, daß hier die Sätze der Naturwissenschaft dafür maßgebend seien, ob die für eine Sache begriffsnotwendige Körperlichkeit vorhanden sei oder nicht. Denn als Sache im Sinne des St.G.B. könne nur ein Stück der raumerfüllenden Materie gelten, also Körperlichkeit des Gegenstandes wesentliches Begriffsmerkmal sein. Diese Annahme findet ihre Begründung nicht in Sätzen des Bürgerlichen Rechtes und wird daher auch nicht berührt durch Entscheidungen des Reichsgerichts,

[1]) Lehrb., Bd. 1 S. 256.

[2]) Vgl. hierüber näher die Abhandlung von Schröder, Archiv für zivil. Praxis, Bd. 97 S. 380 ff.; im Prinzip auch Zeitschr. für Schweizer Strafr., Bd. 6 S. 216 Abschn. 3.

[3]) Bd. 29 S. 112.

[4]) Bd. 32 S. 178.

die sich auf zivilrechtlichen Normen und Anschauungen aufbauen und sich auf privatrechtliche Verhältnisse beziehen, sondern der strafrechtliche Begriff der beweglichen Sache ist ein einheitlicher, selbständiger, öffentlich-rechtlicher.[1]) Das Gleiche sagt die zweite, sehr wichtige R.G.E. von dem Begriff der „beweglichen Sache". Sie betont hierbei, daß dieser Begriff aus dem Strafgesetz selbst zu entnehmen und unabhängig von den Begriffsbestimmungen der Sache in der Privatrechtsordnung sei. Darüber also, was unter „Sache" des näheren zu verstehen sei, kann nur die Auslegung des Strafgesetzes entscheiden. Das Reichsgericht geht noch weiter und sagt: „Wenn das Gesetz einen Begriff als gegeben oder bekannt voraussetzt, so ist die Rechtswissenschaft in die Lage gekommen, dem Sprachgebrauche auf dasjenige besondere Gebiet, welchem der Begriff angehört, nachzugehen und hierbei insbesondere auf dem Gebiete des Naturlebens die allgemein gültige Erkenntnis zu Rate zu ziehen." Entscheidend ist also mit anderen Worten der der Sprache des Volkes entsprechende Sinn des Wortes. Von Goltdammmer[2]) wird es auch für selbstverständlich gehalten, daß unter „beweglicher Sache" nur der natürliche, nicht der zivilrechtliche Begriff entscheidend ist.

Es zeigt sich also, daß das Strafrecht in den erwähnten Fällen auf andere Gebiete verwiesen hat, weil es eben notgedrungen auf diese verweisen — mußte!

Eine solche Notwendigkeit der Verweisung ist jedoch bei dem hier in Frage kommenden Besitzbegriff durchaus nicht gegeben. Denn das Strafrecht selbst hat ja das Gegenteil bewiesen, als es seinen selbständigen Gewahrsamsbegriff aufstellte. Selbständig insofern, als das Strafrecht nach seiner realistischen Auffassung — es bestimmt die Natur des Verbrechens als störende Einwirkung auf den Bestand der tatsächlichen Verhältnisse — auch den Besitz durchaus realistisch auffaßte.[3]) Das ist der Grund

[1]) Entsch. d. R.G. i. Str., Bd. 29 S. 112/13.
[2]) Materialien für die Preuß. Staaten, Bd. 2 S. 458.
[3]) Binding, Lehrb., Bd. 1 S. 243.

dafür, daß „sein Besitz dem zivilistischen durchaus selbstständig und unabhängig gegenübersteht".[1])

Für die Ansicht, welche dem B.G.B. einen Einfluß auf die Gestaltung des Gewahrsamsbegriffes eingeräumt wissen will, im Gesetz selbst einen Anhalt zu finden, ist vergebliches Bemühen. Nirgends im Art. 34 des E.G. z. B.G.B., der die Abänderungen enthält, die das St.G.B. durch das B.G.B. erfahren soll und daher unbedingt über eine etwaige entsprechende Einwirkung des B.G.B. auf den Gewahrsamsbegriff Aufschluß geben müßte, finden wir eine Bezugnahme auf den Gewahrsam des St.G.B. Im Gegenteil, es wurde sogar eine derartige Änderung ausdrücklich abgelehnt, als bei der Beratung über den Art. 33 (später 34) E.G. z. B.G.B. der Antrag gestellt wurde, hinter „Besitz" das Wort „Gewahrsam" in § 246 St.G.B. zu streichen, weil das B.G.B. nicht mehr zwischen Besitz und Gewahrsam = Innehabung unterscheide.[2]) Es wurde hinsichtlich dieser Frage von seiten der Regierung hervorgehoben, „daß das St.G.B. die beiden Ausdrücke nebeneinander gebrauche, um den Tatbestand der Unterschlagung möglichst erschöpfend zu bestimmen. Die herrschende Ansicht gehe dahin, daß die Begriffe ‚Besitz' und ‚Gewahrsam' für das Strafrecht nicht aus dem Landeszivilrecht zu substantiieren, sondern aus dem St.G.B. zu entwickeln seien und dieses letztere fasse die tatsächliche Innehabung, das tatsächliche, äußere, exklusive, die Möglichkeit voller Verfügungsgewalt gewährende Verhältnis des Täters zur Sache ins Auge. Ein Bedürfnis der beantragten Streichung liege nicht vor."[3])

Wir müssen also daran festhalten: „Das Strafrecht ist ein Teil des öffentlichen Rechtes und an sich also ganz unabhängig von den Bestimmungen des Zivilrechts, da diese gar nicht bestimmt sind, andere, als privatrechtliche Ver-

[1]) Binding, a. a. O. S. 244.

[2]) Vgl. Entw. d. B.G.B. z. 3. Buch S. 353 ff.; auch Mugdan, Die gesamt. Mat. z. B.G.B. (1899), Bd. 1 S. 312.

[3]) Mugdan, Die gesamt. Mat. z. B.G.B. (1899), Bd. 1 S. 312.

hältnisse zu regeln.“[1]) Derselben Ansicht sind auch Binding,[2]) der den Diebstahl nicht für einen Angriff auf die Besitzordnung hält und Rich. Schmidt,[3]) der wörtlich sagt: „In Wahrheit dürfte jedoch für den, der aus den Bestimmungen des B.G.B. auf die strafrechtlichen Tatbestände schlußfolgern wollte, sehr große Vorsicht geboten sein und mindestens in grundsätzlichen Fragen ist bei vorurteilslosem Zusehen die Einführung des neuen Zivilgesetzes auf die kriminalistische Feststellung der Verbrechensmerkmale fast ganz einflußlos“, und an derselben Stelle S. 149: „vielmehr erwartet das Strafgesetz die Auslegung des Begriffes aus seinem eignen Grundgedanken heraus; maßgebend für sie ist die Natur des Rechtsgutes, das nach der Absicht des Gesetzgebers als Angriffsobjekt des bestraften Verbrechens in Betracht kommt.“ Es gilt also für das deutsche Strafrecht derselbe Grundsatz, den Janka[4]) für das österreichische Strafrecht hervorhebt, „die Begriffe des Zivilrechts bleiben auch hier bei Seite, der zivilistische Besitzbegriff ist ohne jeden Belang“. Auch Kober,[5]) ein Vertreter der zivilistischen Rechtswissenschaft, gibt dieser Ansicht vollständig Recht. Gerade unsere Ansicht spricht er aus, wenn er sagt: „Die Begriffe ‚Besitz‘ oder ‚Gewahrsam‘ sollen schon dem seinerzeitigen Willen des Gesetzgebers gemäß überhaupt nicht vom zivilistischen Gesichtspunkte, sondern mehr vom rein natürlichen und äußerlichen aus erfaßt werden.“

---

[1]) Vgl. v. Bülow, Archiv für Strafr., Bd. 45 S. 321; ebenso Rotering, Annalen des Deutschen Reiches, Bd. 38 S. 299.

[2]) Sächsisches Archiv, Bd. 8 S. 319: „es handle sich beim Diebstahl im Strafrecht nicht um den zivilistischen Besitz.“

[3]) Deutsche Jurist.-Ztg., Bd. 5 S. 147.

[4]) Österr. Strafr. (1890) S. 247.

[5]) in Staudingers Komm., Bd. 3 S. 14 (3./4. Aufl. 1907). Derselbe stellt seine Ansicht hier in Widerspruch zu der Ansicht, die er in einer früheren Auflage (1898) S. 6 über denselben Punkt ausgesprochen hat, wo er sagt: „Ein besonderer strafrechtlicher Besitzbegriff wird sich bei nunmehriger Übereinstimmung des zivilrechtlichen Besitzbegriffes nicht mehr halten lassen.“

Eine Modifikation des Strafrechts würde durch veränderte Zivilrechtsnormen überhaupt nur in den Fällen möglich sein, wo das Strafrecht ausdrücklich einen vom Zivilrecht aufgestellten Begriff als für seine besonderen Zwecke geeignet erkannt und daher bei Aufstellung seiner Strafdrohungen für gewisse Tatbestände als gegeben vorausgesetzt hat. Daß aber eine derartige Verweisung weder vom Gesetzgeber gewollt ist, noch auch im Gesetz — sei es ausdrücklich oder stillschweigend — erfolgt ist, darauf ist im vorstehenden schon mehrfach hingewiesen.

Man könnte jetzt noch weiter den Einwand erheben, „daß die rechtlichen Bestimmungen des B.G.B. die natürliche Auffassung der Dinge zu beeinflussen vermögen.“ [1]) Einer derartigen Einwendung gegenüber würde man wohl zugeben, daß eine solche Beeinflussung denkbar wäre. Man würde jedoch bei diesem Einwurf übersehen, daß die Anwendung dieser so umgewandelten natürlichen Auffassung auf irgend einen Zustand eben immer nur die Umwandlung der natürlichen Lebensanschauung, nicht aber eine Folge davon darstelle, daß das B.G.B. seinerseits in diesem Zustand Besitz findet.[2])

Von einer prinzipiellen Modifizierung des Strafrechts durch das Zivilrecht kann daher m. E. nicht die Rede sein.

§ 5.

Sehen wir nun zu, ob etwa die oben erwähnte, durch Induktion zu gewinnende, zufällige Übereinstimmung vorhanden ist. Denn dann wäre praktisch das Resultat dasselbe. Jedoch auch dieses ist, wie wir sehen werden, nicht zutreffend. Es ist dies auch vollkommen einleuchtend. Für die Aufstellung beider Begriffe waren ganz verschiedene Gesichtspunkte maßgebend und wir können mit Rotering sagen:[3]) „Die Betrachtung in Hinsicht des einen oder des anderen

[1]) Lobe, a. a. O. S. 25.
[2]) Ähnlich Lobe, a. a. O. S. 25.
[3]) Annalen des Deutschen Reiches, Bd. 38 S. 299.

Rechtsinstituts erfolgt je von einer anderen Warte.“ Das St.G.B. wollte sich ausschließlich an die natürliche Auffassung des Lebens wenden. Unter seinem Gewahrsamsbegriff wollte es etwas verstanden wissen, was jedermann geläufig sei. Denn darauf kommt es doch bei einem Strafgesetz in nicht unbedeutendem Maße an. Auch entspricht dies der durchaus realistischen Auffassung des strafrechtlichen Besitzes, die Binding in richtiger Weise vertritt.[1]) Ja Berner[2]) hält sogar eine Definition des Diebstahls und damit des Gewahrsams überhaupt für überflüssig, indem er in Bezug darauf weiter sagt, daß der Begriff des Diebstahls durchaus volksbekannt sei. „Es steht fest“, fährt er fort, „daß man ihn deshalb in den an Geschworene zu richtende Fragen nicht anzugeben braucht. Rechtsbegriffe aber, die man bei bloßen Geschworenen als bekannt voraussetzen darf, muß man bei rechtskundigen Richtern als bekannt voraussetzen.“ In demselben Zusammenhang erwähnt er zur Bekräftigung seines Vorschlages, daß Mecklenburg in seinem Gesetze über den Diebstahl vom 4. Januar 1839 den Diebstahl überhaupt nicht definiere.[3]) Auch von Bar[4]) spricht sich in diesem Sinne aus, wenn er sagt: „Am besten würde es sein, wenn die Gesetzgebung sich jeder Definition des Diebstahls enthalten wollte.“ Das B.G.B. (§§ 854, 856) ist zwar ebenfalls von der natürlichen Auffassung ausgegangen. Dieselbe ist aber vom B.G.B. nicht streng durchgeführt worden, da dieses Gesetz mit der Regelung des Besitzes zugleich auch andere Zwecke verfolgt. Denn der zivilrechtliche Besitz an beweglichen Sachen soll doch auch eine Eigentumsvermutung für den Besitzer abgeben.[5])

---

[1]) Siehe Lehrb., S. 243.

[2]) Berner, Kritik des Entw. eines St.G.B. für d. nordd. Bund (1869) S. 70.

[3]) Auch von den Kommentatoren des damaligen Belgischen St.G.B. sei es bedauert worden, daß man nicht die gesetzliche Definition des Diebstahls habe fallen lassen.

[4]) Magazin für öffentl. Recht, Bd. 4 (1884) S. 21.

[5]) Siehe Endemann, Einführg. in das Stud. d. B.G.B., Bd. 2 S. 166.

Wenn wir z. B. den Erbenbesitz des § 857 heranziehen, so findet das eben Gesagte seine Bestätigung. Nach dieser Gesetzesvorschrift geht der Besitz auf den Erben über mit dem Tode des Erblassers, gleichgültig, ob der Erbe auch schon in diesem Augenblick die tatsächliche Gewalt über die Erbschaftssachen erlangt hat oder nicht.[1]) Sonach greift das Bürgerliche Recht zur Fiktion. Der Grund hierfür ist darin zu suchen, daß das Interesse des Einzelnen wie der Gesamtheit es erheischen, daß alle Unklarheit über die rechtlichen Beziehungen zu den Objekten menschlicher Herrschaft möglichst vermieden wird. Aus diesem Grunde erwirbt der Erbe nach B.G.B. den Besitz an den Sachen des in der Sahara verstorbenen Erblassers, die er auf seinem Leibe trägt ebenso, wie an den Sachen des Erblassers, die ihm jederzeit zugänglich sind.

Ganz anders das Strafrecht. Aus der Natur der Sache ergibt sich schon, daß das Strafrecht nicht mit Fiktionen rechnen kann, sondern sich an die konkrete Wirklichkeit halten muß. Überall wo es die Tatbestände normiert, bei deren Vorliegen eine Strafe verhängt werden soll, kommt immer nur die konkrete Wirklichkeit in Frage. Nur wirklich vorhandene Verhältnisse kann und will es schützen. Ein solch künstliches Gebilde, wie es der Erbenbesitz des B.G.B. ist, findet daher im Strafrecht keine Beachtung. Selbst von gegnerischer Seite wird zugegeben, daß der Erbenbesitz auszunehmen sei, wenn man zwischen zivilrechtlichem Besitz und strafrechtlichem Gewahrsam eine Übereinstimmung feststellen wolle. So sagt Liszt:[2]) „Der Begriff des strafrechtlichen Gewahrsams deckt sich mit der Begriffsbestimmung des Besitzes in § 854 B.G.B. . . . und der Erbe erlangt, trotz B.G.B. § 857, den Gewahrsam erst mit der tatsächlichen Gewalt.“ Einen ähnlichen Standpunkt scheint Strohall[3]) zu vertreten. Er sagt in bezug darauf ungefähr folgendes:

---

[1]) Vgl. Fischer-Henle (6. Aufl.) Anm. 2 zu § 857.
[2]) Lehrb., S. 425 Anm. 5.
[3]) Jehrings Jahrb. f. Dogm., Bd. 38 S. 97ff.

„Der Erblasser ist im Meere ertrunken oder er ist in einer Gletscherspalte versunken und die auf die Aufsuchung der Leiche verwendeten Bemühungen sind erfolglos geblieben. Die freilich wenig praktische Frage, ob der Erbe des Verunglückten in solchen Fällen als Besitzer derjenigen Sachen anzusehen ist, welche der Erblasser zur Zeit seines Todes an sich trug, ist sicherlich verneinend zu beantworten.“ Man braucht sich ja auch nur das obenerwähnte Beispiel von dem in der Sahara gestorbenen Erblasser vor Augen zu halten, um das Unhaltbare einer derartigen Ansicht einzusehen. Wie sollte wohl der Erbe Gewahrsam an den Sachen des Toten, die dieser bei sich am Leibe trägt, haben, wo er nicht die tatsächliche Gewalt über die Sache hat, ja vielleicht gar nicht einmal ahnt, daß der Erbfall eingetreten ist? Er kann an diesen Sachen ebensowenig den Gewahrsam haben, wie der Tote selbst und wer auch immer sich die Sachen aneignet, einen Diebstahl wird er nicht begehen. Anders würde es mit den übrigen Nachlaßgegenständen stehen, die sich in der tatsächlichen Gewalt, sei es des Erben, sei es eines Dritten befinden. Hier wird man allerdings von einem Diebstahl sprechen müssen. Aber die Wegnahme einer im Gewahrsam eines Dritten befindlichen Sache ist nicht etwa deswegen als Diebstahl zu betrachten, weil der Erbe Besitzer dieser Sache ist, sondern deswegen, weil der Gewahrsam des Dritten gebrochen wird. Auch in der Praxis wird dieselbe Ansicht vertreten. Das Reichsgericht[1]) sagt darüber: „Entwendungen aus einer Erbschaft sind nur dann als Diebstahl zu betrachten, wenn die Erbschaftssachen in der tatsächlichen Gewalt einer Person, und zwar einer anderen als des Täters stehen. Ohne Bedeutung hierfür ist es, daß der § 857 B.G.B. bestimmt, der Besitz gehe auf den Erben über. Denn der § 242 will nicht ein im Bürgerlichen Recht anerkanntes Verhältnis schützen, sondern er setzt nur voraus, daß sich die Sache im tatsächlichen Gewahrsam einer Person befinde,

[1]) Entsch. d. R.G. i. Str., Bd. 34 S. 252.

d. h. in einem Zustand, vermöge dessen die Person die physische Möglichkeit besitzt, über die Sache mit Ausschließung anderer zu verfügen. Gleichwie bei dieser Bestimmung des Begriffes des Gewahrsams die bürgerlichrechtlichen Normen der früheren Landesrechte nicht ausschlaggebend waren, so kann es auch jetzt § 857 B.G.B. nicht sein.[1]) Es wird also der Strafrichter das Fiktive und Präsumtive im zivilistischen Besitz von sich weisen müssen.[2])

Eine derartige Fiktion finden wir auch bezüglich des dem B.G.B. eigentümlichen „mittelbaren Besitzers" des § 868. Hier erstreckt das Bürgerliche Recht neben der vorher erwähnten unmittelbaren tatsächlichen Gewalt den Besitzbegriff als „mittelbaren Besitz" auch auf die Verhältnisse, in denen „jemand vermöge eines dinglichen oder obligatorischen Verhältnisses einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz" also zur Ausübung der tatsächlichen Gewalt berechtigt ist und spricht in diesen Fällen auch dem anderen den Besitz zu, der die tatsächliche Gewalt auszuüben in Wirklichkeit gar nicht imstande ist. Die Denkschrift zum Entwurfe des B.G.B. begründet diese Annahme damit, daß sie sagt[3]) „es müsse dem anderen, welcher seine tatsächlichen Beziehungen zur Sache immerhin nicht vollständig aufgegeben hat[4]) — und den deshalb der Entwurf als ‚mittelbaren Besitzer' bezeichnet — in gewissem Umfange Besitzschutz zugestanden werden."[5]) Da nun hier beim „mittelbaren Besitzer" ein wirkliches

[1]) Ebenso Entsch. d. R.G. i. Str., Bd. 37 S. 202.

[2]) Vgl. Binding, Lehrb., Bd. 1 S. 245; derselben Ansicht: v. Bülow, Goltdammers Archiv, Bd. 45 S. 322; Lobe, a. a. O. S. 26, 30; Schmidt, a. a. O. Bd. 5 S. 149; Olshausen, Anm. 17c zu § 242 und Rotering, Jurist. Vierteljahrsschr., Bd. 33 S. 55.

[3]) S. 107.

[4]) Endemann, a. a. O., Bd. 2 S. 160 nennt ihn daher „Nochbesitzer".

[5]) Denn, wie Endemann richtig meint, „trägt der mittelbare Besitz stets die Tendenz und die rechtlich begründete Anwartschaft in sich, nach Ablauf gewisser Zeit zum unmittelbaren Vollbesitz zu erstarken. Diese Anwartschaft begründet einen auf Sicherung

Herrschaftsverhältnis nicht vorhanden ist, wie es die hervorgehobene natürliche Anschauung des Strafrechts erfordert, so hat natürlich dieser einzig und allein das Bürgerliche Recht angehende mittelbare Besitz nichts mit dem Gewahrsam des Strafrechts gemein. Es kann also einem „mittelbaren Besitzer" niemals eine Sache in diebischer Absicht weggenommen werden, eben, weil er einen Gewahrsam an derselben überhaupt nicht hat. In demselben Sinne entscheidet auch das Reichsgericht in seinem Urteil vom 9. Oktober 1905[1]) ganz richtig. In dem mit der Revision angefochtenen vorinstanzlichen Urteil hatte das entscheidende Gericht den Destinaten von Süßstoff, der vom Absender der Bahn als Frachtführer aufgegeben war, deswegen verurteilt, weil bei ihm der durch das Süßstoffgesetz von 1898 verbotene Süßstoff vorgefunden sei; mit anderen Worten unter Zugrundelegung des zivilrechtlichen Besitzbegriffes. Denn der Destinat sei, trotzdem er noch nicht die tatsächliche Gewalt über den Süßstoff erlangt hatte, doch mit der Übergabe der Sache an die Bahn zur Beförderung an ihn zum mittelbaren Besitzer geworden. Diese Entscheidung weist das Reichsgericht treffend zurück, da hier nicht der Besitz des Bürgerlichen Rechts in Betracht komme. „Denn die in § 8 dieses Gesetzes vorkommenden Worte „vorgefunden wird" deuten darauf hin, daß nur derjenige strafbar sein soll, der den verbotenen Stoff wirklich in seine unmittelbare körperliche Gewalt gebracht hat, während bei einem mittelbaren Besitzer verbotener Süßstoff nicht ‚vorgefunden' werden kann."[2]) So sagt auch Meyer-Allfeld[3]) mit Recht: „Im Lichte des Strafrechts

---

des Eintritts in den Vollbesitz gerichteten Schutzanspruch, der das eigene Interesse an dem Besitzstande des Besitzmittlers gegen die Eingriffe Dritter verteidigt. In diesem Sinne darf der andere bereits gegenwärtig als „Auchbesitzer" anerkannt werden."

[1]) Deutsche Jurist.-Ztg., Jahrg. 1906 S. 204.

[2]) Ebenso Entsch. des R.G., Bd. 37 S. 200 und Bd. 12 S. 258.

[3]) Lehrb. des Deutschen Strafr. (1907), S. 447 Anm. 33; ebenso Frank, S. 383.

ist der mittelbare Besitzer nicht als Gewahrsamsinhaber anzusehen.“ Auch Liszt[1]) neigt entschieden derselben Ansicht zu trotz seiner entgegengesetzten Meinung betreffs § 854. Es ist also jenes „zivile Rechtsinstitut auf der kriminellen Untersuchungsebene“ nur, wie schon vorher bezüglich § 857 festgestellt wurde, eine Fiktion.[2])

In bezug auf den Besitzdiener im Sinne von § 855 B.G.B. sind die Gegner selbst nicht einig. Wenn Liszt[3]) sagt: „Abweichend vom B.G.B. § 855 muß dem Besitzdiener der Gewahrsam zugesprochen werden;“ so steht er in Widerspruch mit Goldschmidt[4]): „Auch § 855 B.G.B., der dem sogenannten Besitzgehilfen den Besitz abspricht, entspricht der strafrechtlichen Praxis, dem Besitzgehilfen in der Regel den Gewahrsam abzusprechen.“ Goldschmidts Ansicht begegnen wir auch in der Judikatur. So hat z. B. das O.L.G. Posen[5]) unter Zugrundelegung der zivilistischen Fiktion des § 855 B.G.B. einem Arbeiter, der von einem Landwirt zum Verladen eines Haufens Heu bestellt war, den Besitz ab- und dem Landwirt zugesprochen, trotzdem dieser nach Hause gefahren war, noch ehe der Arbeiter mit dem Verladen begonnen hatte, und den Arbeiter demgemäß wegen Diebstahls verurteilt. Seinen Spruch begründet es damit, daß das Abhängigkeitsverhältnis durch die Abwesenheit des Geschäftsherrn nicht aufgehoben und durch seine Anwesenheit nicht bedingt sei. Er bleibe vielmehr Besitzer der seinem Angestellten übergebenen Sachen. Aber der Gewahrsam bildet, wie wir gesehen haben, ein tatsächliches Verhältnis, für dessen Vorhandensein oder Nichtvorhandensein die zivilrechtlichen Vorschriften über den Besitz nicht maßgebend sind. In

---

[1]) Lehrb., S. 425 Anm. 5.

[2]) Vgl. Rotering, Annalen, Bd. 38 S. 302.

[3]) Lehrb. (1908), S. 425 Anm. 5; ebenso Frank, S. 383: „Der Besitzdiener (Gesinde, Verkäufer) hat zwar keinen Besitz (B.G.B. S. 855), aber doch Gewahrsam.“

[4]) Goltdammers Archiv, B. 47 S. 352.

[5]) In Seufferts Archiv, Bd. 57 No. 35.

seinem Wesen als einer physischen, mit Ausschließung anderer verbundenen Herrschaften über eine Sache, liegt es, daß der Geschäftsherr solange, aber auch nur solange den eigenen Gewahrsam behält, als er ihn nicht durch besondere Akte dem Angestellten übertragen hat, vielmehr in der Lage und gewillt ist, seine ausschließliche Verfügungsgewalt auch dem zu speziellen Diensthandlungen ermächtigten Angestellten gegenüber auszuüben.[1]) Wann das geschehen ist, wird im einzelnen Falle quaestio facti sein und es kann daher vorkommen, daß der Besitzdiener im zivilistischen Sinne einmal den strafrechtlichen Gewahrsam hat, während er ihn im andern Falle nicht hat. Jedenfalls erscheint die Entscheidung des O.L.G. Posen gegenüber den oben wiedergegebenen rechtlichen Ausführungen des Reichsgerichts äußerst bedenklich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß der Geschäftsherr, nachdem er den Arbeiter zur Verladung des Heus in den Eisenbahnwagen angestellt hat, nach Hause gefahren ist.

Freilich wird es vielfach vorkommen, daß der Besitzdiener eine tatsächliche Herrschaft in natürlichem Sinne über eine Sache auszuüben imstande ist. Wie wir aber später sehen werden, ist die natürliche, tatsächliche Herrschaftsausübung allein für das Wesen des Gewahrsams nicht ausreichend; es kommen noch andere Momente hinzu. Deshalb ist es nicht angängig, eine prinzipielle Entscheidung über diese Frage schon hier zu geben.[2]) Zudem spielen diese Fragen schon in die Mitgewahrsamsverhältnisse hinein, die weiter unten noch ausführlicher behandelt werden sollen. Jedenfalls dürfen wir, auch ohne eine Untersuchung hierüber, feststellen, daß ebenso wie das B.G.B. in § 868 den Besitzbegriff in fiktiver Weise ausdehnt, es in § 855 denselben zuungunsten des Grundsatzes, daß Besitz gleich tatsächliche Gewalt sei, einschränkt, daß der Gewahrsamsbegriff des St.G.B. aber solche, durch zivilrechtliche Gesichtspunkte gebotene Modifikationen nicht kennt.

[1]) Vgl. Entsch. d. R.G. i. Str., Bd. 2 S. 2.

[2]) Vgl. hierüber S. 64 ff.

Wenn wir das bisher Gesagte zusammenfassen, so sehen wir, daß die größere Zahl der Gegner unter unklarer Unterscheidung zwischen prinzipieller Modifikation durch das B.G.B. und zufälliger Übereinstimmung beider Begriffe zu der Schlußfolgerung gelangt, daß der Gewahrsam des St.G.B. mit dem Besitz des B.G.B. zusammenfalle. Unklar drückt sich Goldschmidt[1]) aus, wenn er sagt: „Es ist daher im Gegensatz zu dem den bisherigen Partikularrechten gegenüber einzunehmenden Verhältnis zulässig, den bürgerlich-rechtlichen Besitzbegriff des B.G.B. zur Erläuterung des strafrechtlichen Gewahrsams heranzuziehen." Denn dies hätte zur Voraussetzung, daß der Besitzbegriff des B.G.B. für das St.G.B. prinzipiell maßgebend sei; dies hat aber Goldschmidt selbst nicht behauptet.

Ist hierbei schon die Inkonsequenz der Ausnahme des Erbenbesitzers, des mittelbaren Besitzers und des Besitzdieners zu rügen, so ist diese ganze Betrachtungsweise beider Gesetze nur eine oberflächliche. Der Fehler, der dabei begangen worden ist, ist der, daß man das Resultat einer äußerlichen Betrachtung mit innerer Verwandtschaft identifizierte. Es ist wohl möglich, daß sich äußerlich der Besitzbegriff aus § 854 mit dem strafrechtlichen Gewahrsam deckt. Verfehlt ist es aber, deshalb von einer „Kongruenz"[2]) beider Begriffe zu reden. Denn von einer solchen dürfte man nur sprechen, wenn eine innere Wesensgleichheit vorhanden wäre. Diese ist aber, wie gesagt, durchaus nicht anzunehmen.

Wenn wir das bis jetzt durch die vorhergehenden Erörterungen für den „Gewahrsam" Gefundene zusammenfassen, so ergibt sich folgendes Resultat:

Der Gewahrsam ist ein tatsächliches Verhältnis im Gegensatz zu einem rechtlichen Verhältnis und geeigneten Falls zu einer rechtlichen Fiktion. Der Inhalt dieses „tatsächlichen" ist der, daß es sich immer um ein räumliches Verhältnis

[1]) Goltdammers Archiv, Bd. 47 S. 352.

[2]) Siehe Goldschmidt, Goltdammers Archiv, Bd. 47 S. 352.

oder eine räumliche Beziehung handeln muß, so daß stets, wenn wir überhaupt von einem Gewahrsam sprechen und sein Wesen bestimmen wollen, eine räumliche Beziehung gegeben sein muß. Dieses ist also das erste Begriffsmerkmal des Gewahrsams.

§ 6.

Diese räumliche Beziehung ist aber uneingeschränkt nicht ausreichend, sondern sie muß modifiziert sein, insofern sich diese Beziehung als ein Herrschaftsverhältnis zu einer Sache darstellt.[1]) Der Dieb, der an die Sache, die er stehlen will, herantritt, befindet sich zwar in einem räumlichen Verhältnis zu derselben, aber in keinem Herrschaftsverhältnis. Auch ihm ist die Sache zugänglich, aber erst in diesem Augenblick, wo er sich bei der Sache befindet. Das Herrschaftsverhältnis basiert jedoch nicht darauf allein, sondern besteht außerdem noch in der Möglichkeit, zu jeder Zeit, die dem Herrschaftsberechtigten genehm ist, auf die Sache in dieser oder jener Weise einwirken zu können. Mit dem Moment, wo ihm der Dieb die Möglichkeit einer solchen Einwirkung nimmt, und sich selbst die Möglichkeit einer derartigen Einwirkung verschafft, also das bisherige Herrschaftsverhältnis bricht, wird auch der Gewahrsamsbruch vollendet sein.

Wie nun diese Herrschaft ausgeübt wird, hängt von der Sache selbst ab und zwar wird es hauptsächlich darauf ankommen, wie das wirtschaftliche Verhältnis der Person zur Sache beschaffen ist. Jedenfalls wird aber nur derjenige immer eine tatsächliche Herrschaft in unserem Sinne ausüben können, dem die Sache zugänglich ist.[2]) So sagte schon Paulus:[3]) „... res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est, quatenus si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus.“ Die erwähnte Zugänglichkeit wird ebenfalls bestimmt durch die

[1]) Vgl. auch Definition von Frank (1908), S. 382.
[2]) Vgl. Frank, S. 382.
[3]) Dig. 41, 2 l. 3 § 13.

wirtschaftliche Natur der Sache. Nicht wenig spielen auch hier die Gewohnheiten des täglichen Lebens eine Rolle. Es genügt also nicht immer das bloße physische Vermögen, die Sache zu beherrschen, allein. Zur klaren Darlegung des Gesagten sei ein Beispiel angegeben. Ein Gutsbesitzer A fährt auf dem Wirtschaftswege entlang, der seine Felder von denen seines Nachbars B trennt; er hat die Absicht, den Pflug hereinzuholen, der fünf Schritte rechts vom Wege auf seinem Acker am vorhergehenden Tage liegen geblieben ist. Fünf Schritte links vom Wege liegt auf dem Acker seines Nachbarn B dessen Pflug. A hat es ebenso leicht, den Pflug des B an sich zu nehmen, wie seinen eigenen. Und doch hat er am Pfluge des B — auch wenn er den Willen hätte, über ihn zu verfügen — keinen Gewahrsam, den er aber an seinem eigenen Pfluge hat. Warum hat er aber Gewahrsam an seinem Pfluge? Weil dieser Pflug auf seinem Grund und Boden liegt und die Absicht des A dahingeht, den Pflug in sein Herrschaftsverhältnis einzubeziehen. Man kann auch mit Springer[1]) als wesentliches Erfordernis des Gewahrsams die Zugehörigkeit der betreffenden Sache zum Wirtschaftskreise oder der häuslichen oder gewerblichen Sphäre des Inhabers bezeichnen. Denn es ist tatsächlich gleichgültig, ob man sagt, die Briefe, welche in meinen Briefkasten gesteckt werden, befinden sich in meinem Wirtschaftskreise oder stehen in einem Herrschaftsverhältnis zu mir. Ebenso verhält es sich mit den Fischen in meinem Teich oder den Hühnern, die in meinem Hofe herumlaufen. Treffend ist auch das von Springer[2]) gewählte Beispiel von dem Ballon. Derselbe befindet sich in meinem Gewahrsam, solange er durch ein Tau mit meinem Grund und Boden verbunden ist; denn solange habe ich die Herrschaft über den Ballon und kann in jeder Weise über denselben verfügen. Das ist wieder eine Folge davon, daß in diesem Falle entschieden eine räumliche Beziehung zwischen mir

[1]) Sächs. Archiv, Bd. 2 S. 314. (Das obige Beispiel stammt auch von Springer.)

[2]) Springer, Sächs. Archiv, a. a. O.

und dem Ballon hergestellt ist. Der Gewahrsam an dem Ballon geht aber sofort verloren, sobald das Tau gelöst wird; denn durch die jetzt stattgefundene Aufhebung der räumlichen Beziehung ist auch eine Herrschaftsausübung über denselben unmöglich.

Wann nun freilich im Einzelfalle dieses Moment des Herrschaftsverhältnisses gegeben ist, bleibt, wie dies hier, wo es sich um ganz reale Verhältnisse handelt, einleuchtet, dem vernünftigen Ermessen im einzelnen Falle überlassen.

So hat man also in richtiger Erkennung dessen, daß dieses Herrschaftsverhältnis kein unmittelbares zu sein braucht, sondern sich auch auf größere Entfernungen erstrecken kann, neben dem eigentlichen engsten (Taschengewahrsam) weiter den Haus-, Hof-, Acker-Gewahrsam aufgestellt.[1]) Am engsten ist die räumliche Beziehung zu Sachen, die ich entweder selbst in der Hand habe oder die ich am eigenen Leibe trage. An meiner Taschenuhr, an meinem Hut auf dem Kopfe, am Ring, der an meinem Finger steckt, an meinem Spazierstock, den ich in der Hand halte, habe ich den engsten Gewahrsam deshalb, weil hier die räumliche Beziehung am engsten ist und folglich auch das Herrschaftsverhältnis vollkommen uneingeschränkt und unmittelbar besteht, wie ja ohne weiteres einleuchtet.

Jedoch liegt es in den Verhältnissen des Lebens, daß der Gewahrsam bestehen bleibt, auch wenn die räumliche Beziehung nicht so eng ist, wie eben geschildert. Der Gast hat Gewahrsam an seinem Hute, wenn derselbe in einiger Entfernung von ihm in einem Gastzimmer an dem Haken aufgehängt ist. Das Herrschaftsverhältnis besteht immer noch in bezug auf seinen Hut. Schon dadurch, daß der Gast den Hut gewöhnlich nur einige Schritte von seinem Sitze entfernt aufhängen wird, zeigt sich dieses.

---

[1]) Schütze, S. 428 Anm. 5, spricht allgemein den Grundsatz aus: „Es gibt Acker-, Kirchen-, Garten-, Hof-, Haus-, Zimmer-, Taschengewahrsam."

Denn auf diese Weise sucht er ja nur die sofortige Ergreifung des Hutes zu ermöglichen und er wird, sobald ein Fremder denselben ergreift, diesem gegenüber durch eine entsprechende Redewendung die Herrschaft über seinen Hut geltend zu machen suchen. Wir sehen also, das Herrschaftsverhältnis ist eine Folge der räumlichen „Beziehung". Denn ein anderer Gast, der sich ebenso nahe dem Hute des ersteren befindet, ja vielleicht noch näher, hat keinen Gewahrsam daran, denn seine räumliche Nähe ist nur eine zufällige, es fehlt bei ihm die räumliche „Beziehung", in der das Herrschaftsverhältnis enthalten ist. So hat der radfahrende Bote, der sein Rad außen an das Haus angelehnt hat, während er einen Auftrag in demselben ausführt, der ihn vielleicht bis in den 3. oder 4. Stock desselben führt, trotzdem immer noch Gewahrsam an seinem Rade. Der Kutscher hat Gewahrsam an dem auf der Straße fahrenden Wagen, auch wenn er neben demselben hergeht, ebenso an den auf demselben befindlichen Kisten und Waren.

Auch wenn die räumliche „Beziehung" zu einer Sache derartig gelockert ist, daß man vielleicht beim ersten Hinsehen einen Gewahrsam nicht vermuten könnte, so ist derselbe doch immer noch vorhanden, weil eben das Herrschaftsverhältnis noch besteht. So sagt Frank ganz richtig — und dies ist auch unsere Ansicht —, daß ich immer noch Gewahrsam habe an dem Pfluge, den ich weit von meiner Wohnung auf dem Felde habe stehen lassen. Über diesen letzten Fall hat sich ein interessanter Streit zwischen Frank und Finger entwickelt, der hier nicht unerwähnt bleiben soll.[1]) Finger[2]) wirft Frank vor, daß er in dem erwähnten Falle allzu große Konzessionen an das praktische Leben machen müsse und dadurch die an-

[1]) Allerdings in einem andern Zusammenhange, nämlich bei Erörterung der Frage, ob der zivile Besitz gleich dem strafrechtlichen Gewahrsam ist, die ja Finger in bejahender Weise beantwortet.

[2]) Krit. Vierteljahrsschr., Bd. 44 S. 579.

scheinend scharfe Unterscheidung ihren praktischen Wert verliere. Frank nämlich behauptet, daß Besitz ohne tatsächliche Herrschaft bestehen kann, nicht aber Gewahrsam, und als Konzession wird dann die Folgerung Franks bezeichnet, daß der Pflug, den ich weit von meiner Wohnung auf dem Felde stehen lasse, in meinem Gewahrsam ist. U. E. handelt es sich hier gar nicht um Konzessionen an das praktische Leben, sondern es liegt nur ein Wortstreit vor, je nachdem man dieses mein Verhalten zu dem Pfluge als tatsächliche Herrschaft gelten läßt (so Frank) oder nicht (so Finger). Die Schwierigkeit liegt nur in der Subsumption des Einzelfalles in die Franksche Formel. Nicht aber ist diese falsch.[1]) Es ist also in allen diesen erwähnten Fällen nicht zu verkennen, daß ein Herrschaftsverhältnis immer noch vorhanden ist. Jedoch wird dabei stets zu berücksichtigen sein, daß die Intensität desselben, je nach den räumlichen Beziehungen zu der Sache eine verschiedene sein wird. Es wird also dieser „weitere und engere Gewahrsam“[2]) angenommen werden, obwohl er scheinbar nicht vorhanden ist.[3]) Diejenigen Personen, die sich auf einem weiten Ausfluge, auf einer Reise oder im Sommeraufenthalt befinden, haben nach der Ansicht der Praxis an den in ihrer Wohnung zurückgelassenen Sachen den Gewahrsam, ja sogar auch dann, wenn sie den Schlüssel der Wohnung einem anderen zur Aufbewahrung überlassen haben.[4]) Die Wertgegenstände, die in Kriegsnöten von Einwohnern vergraben oder versteckt worden sind, bleiben in ihrem Gewahrsam, auch wenn sie sich von dem Orte des

---

[1]) Derselben Ansicht scheint Endemann, Bd. 2 S. 193 Anm. 39, zu sein, wenn er bei Erwähnung desselben Sachverhaltes sagt: „ . . . insofern scheint es sich nur um eine Meinungsverschiedenheit über die Terminologie zu handeln.“

[2]) Geyer, Grundriß zu Vorlesungen des gemeinen Deutschen Strafr. (1884), Bd. 1 S. 44 Anm. 4.

[3]) Vgl. auch Rotering, Gerichtssaal, Bd. 35 S. 358.

[4]) Vgl. Entsch. d. R.G., Bd. 30 S. 89, Bd. 34 S. 253, Bd. 2 S. 64; a. M. Merkel, Holtzendorffs Handb., Bd. 2 S. 640.

Verstecks entfernen.[1]) Die Gegenstände, die sich auf einem gestrandeten, von der Mannschaft verlassenen Schiffe befinden, sind immer noch im Gewahrsam des Schiffers, und das Reichsgericht[2]) nimmt mit Recht an, daß derjenige, der eine Sache von einem gestrandeten Schiffe in rechtswidriger Absicht an sich nimmt, „im Sinne des § 242 St.G.B. einen Diebstahl an den im fortdauernden Gewahrsam des Schiffers bezw. der Schiffsbesatzung befindlichen Sachen begeht".[2]) Freilich wird eine „relative Unerreichbarkeit in den Augen des wirtschaftlichen Menschen, überhaupt vom Standpunkte einer wohlgeordneten Einzelwirtschaft genommen, eine jede Dispositionsgewalt ausschließen",[3]) wie dies ja bei dem oben erwähnten Beispiel von dem Ballon leicht verkommen kann.

§ 7.

Aus dem eben dargelegten, dem Wesen des Gewahrsams eigentümlichen räumlichen Herrschaftsverhältnis zu einer Sache, läßt sich schon entnehmen, daß noch ein innerliches Moment hinzukommen muß, welches neben dieses äußerliche, der räumlichen Beziehung zu einer Sache, treten muß, damit Gewahrsam an einer Sache begründet wird. Der von Paulus über den Besitzerwerb aufgestellte Satz: „adipiscimur possessionem corpore et animo neque per se animo aut per se corpore" wird sich modifiziert auch auf den Gewahrsam übertragen lassen. Auf die bisher dargelegten Verhältnisse angewandt, ergibt sich, daß zu dem tatsächlichen räumlichen

---

[1]) Stenglein, Zeitschr., Bd. 4 S. 99.

[2]) Entsch. d. R.G., Bd. 10 S. 86; siehe auch §§ 7 und 12 der Strandungs-Ordg. vom 17. Mai 1874 (Gesetzsammlg. S. 339 ff).

§ 7 Strandungs-Ordg.: „Wider den Willen des Schiffers dürfen Maßregeln zum Zweck der Bergung oder Hilfsleistung nicht getroffen werden . . ."

§ 12: „Ohne Genehmigung des Schiffers darf nichts aus dem Schiffe fortgeschafft werden. Auch hat zunächst der Schiffer darüber Bestimmung zu treffen, wohin die fortgeschafften Gegenstände sowie das Schiff selbst zu bringen sind . . ."

[3]) Rotering, a. a. O. S. 359.

Verhältnis, das sich äußerlich als das Herrschaftsverhältnis einer Person über eine Sache darstellt, noch der „Wille“ der Person, die Sache zu beherrschen, hinzutreten, also auch eine innerliche subjektive Beziehung geschaffen sein muß, um diese Beziehung als strafrechtlichen Gewahrsam zu charakterisieren. Besonders sei hier darauf hingewiesen, daß für uns nur der reine, wirkliche Wille in Betracht kommt, keineswegs etwa der Wunsch. Denn „zwischen Wunsch und Wille besteht“, um mit Binding[1]) zu reden, „der tiefgreifende Unterschied, daß der Wunsch dem Gebiete der Einbildung, der Wille dem Gebiete der Wirklichkeit angehört“. Erst dieser Wille des Gewahrsamsinhabers wird bewirken, die erwähnte Lage einer Sache hervorzurufen. Wir werden also im folgenden sehen, daß dem objektiven Merkmal der räumlichen Beziehung, das subjektive Merkmal, das gewollte Gewaltverhältnis entspricht, welches sich erst ergibt aus der hergestellten Beziehung. Denn erst von dem Willen geht jene Kraft aus, die die Herrschaft für ihre Ausübung braucht. Durch diesen Willen erst wird die Grenze des Herrschaftsgebietes in der für das praktische Leben notwendigen Art und Weise erweitert. Es wäre also ganz falsch, wollte man das entscheidende Gewicht nur darauf legen, daß das räumliche Verhältnis und die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache genüge, wie dies einige behaupten.[2]) Denn das bloße für den Willen nicht existierende „corpus“ kann das Wesen des Gewahrsams nicht ausmachen.[3]) So sagt auch in richtiger Erkenntnis Geyer,[4]) daß ähnlich wie beim Besitz auch beim straf-

[1]) Normen, Bd. 2 S. 111.

[2]) Vgl. Schütze, Lehrb. S. 427: „Der Gewahrsam . . . ist die tatsächliche, vorhandene, ausschließliche Herrschaft des Individuums . . . ohne Rücksicht auf Wissen und Wollen des Inhabers.“ Römpler, S. 35 ff; derselben Ansicht v. Schwarze (5. Aufl., 1884), S. 668: „Die Innehabung einer Sache mit dem Willen des Inhabers, sie als die seinige zu behalten, ist zivilrechtlich maßgebend, nicht aber für den strafrechtlichen Begriff des Diebstahls.“

[3]) Vgl. Merkel, in Holtzendorffs Handb., Bd. 3 S. 641.

[4]) Grundriß, Bd. 2 S. 44.

rechtlichen Gewahrsam der animus neben dem corpus in Betracht komme. Dies leuchtet auch ein. An wieviel Blumen des Feldes geht der Wanderer vorüber? Hier von einem Gewahrsam an den Blumen zu reden, ist doch wohl undenkbar. Aber das ändert sich eben, sobald das Wollen sich in die äußerliche Beziehung der Person zur Sache hineinlegt.[1]) Der Wille muß derartig das räumliche Verhältnis durchdringen, daß man von einer Verkörperung desselben in diesem reden kann. Wenn nun weiter in dem Willen ein Streben danach zu sehen ist, den „wirtschaftlichen Körper der Persönlichkeit" zu erweitern, dann verdichtet sich der Wille zum „Herrschaftswillen", das für den Gewahrsam durchaus nötige Erfordernis.

Werfen wir den Blick zurück auf die älteren Strafgesetzbücher, so sehen wir, daß auch diese schon den Willen als ein unbedingtes Erfordernis des Gewahrsams betrachteten. Daß sie ein besonderes Gewicht auf das Willensmoment legten, läßt sich daraus erkennen, daß dieses Wort besonders bei den Diebstahlsparagraphen Erwähnung fand. Bezeichnend hierfür ist besonders das Preußische St.G. in dem § 267, wo es heißt: „Einen Diebstahl begeht, wer aus dem Gewahrsam eines anderen ohne dessen Einwilligung . . ." Auch im St.G.B. von Sachsen[2]) im Art. 272 finden wir: „Des Diebstahls macht sich schuldig, wer eine fremde bewegliche Sache . . . aus fremder Inhabung, ohne Einwilligung des Inhabers an sich nimmt (entwendet)." Im St.G.B. für Hessen[3]) finden wir unter Art. 354 die Worte: „Wer von einer fremden beweglichen Sache, ohne Einwilligung des Eigentümers oder Inhabers . . . Besitz ergreift". Der Diebstahlsparagraph 213 des Braunschweigischen

---

[1]) Nicht wie Rotering, Archiv für Strafr., Bd. 47 S. 253, sagt: „wenn sein Wollen in die Sache sich hineinlegt;" das ist doch wohl nicht möglich.

[2]) Vom 13. August 1855.

[3]) Vom 17. September 1841.

St.G.B.[1]) lautet: „Wer wissentlich eine fremde, in dem Gewahrsam eines andern befindliche bewegliche Sache ohne Einwilligung des Berechtigten . . .“ Auch der Art. 279 des Kriminalgesetzbuches für Hannover[2]) lautet ähnlich: „Wer wissentlich eine fremde bewegliche Sache ohne Einwilligung des Berechtigten . . . in seinen Besitz nimmt . . .“ Die Erwähnung des Willens finden wir auch im Österreichischen St.G.B.[3]) im § 171: „Wer um seines Vorteils willen eine fremde bewegliche Sache aus eines andern Besitz ohne dessen Einwilligung entzieht, begeht einen Diebstahl.“[4])

Wir sehen also, daß auch die Gesetzgebung dem Gedanken Ausdruck gegeben hat, daß die Wegnahme einer Sache aus dem Gewahrsam eines andern darauf ausgeht, eine Schmälerung der Willenssphäre des andern, in der sich die Sache befindet, herbeizuführen, d. h. den Willen, den dieser in den Gewahrsam über eine Sache hineinlegte, zu brechen. Es erfordert daher der Gewahrsam notwendig ein Verhältnis des Willens zur Sache, wie Hälschner ganz richtig sagt.[5])

Ferner ist darauf hinzuweisen, daß durch das Vorhandensein des Gewahrsamswillens erst die Möglichkeit, den Gewahrsam an einer Sache dauernd zu behalten, entstehen kann. Denn das physische Vermögen, über die Sache zu verfügen, dauert nur solange, als das räumliche Verhältnis der Person zur Sache besteht.[6]) Wenn ich z. B. meinen Schirm in den Schirmständer eines Geschäftes, während ich daselbst etwas einkaufe, gestellt habe, so gelangt derselbe nicht etwa in den Gewahrsam des Geschäftsinhabers,

---

[1]) Vom 10. Juli 1840.

[2]) Vom 8. August 1840.

[3]) Vom 27. Mai 1852.

[4]) Ähnlich auch im St.G.B. für das Königr. Württemberg vom 1. März 1839, Art. 316 und im St.G.B. für die Thüringischen Staaten, Art. 213.

[5]) System des Preußischen Strafr. (1868), Bd. 3 S. 430.

[6]) Vgl. Hälschner, Bd. 3 S. 431.

sondern er bleibt in meinem Gewahrsam, wenn auch der Geschäftsinhaber die physische Möglichkeit hat, eine gewisse Verfügungsgewalt über den Schirm so lange auszuüben, als sich derselbe in dem Schirmständer befindet. Es fehlt ihm aber der Wille, der darauf gerichtet ist, den Schirm dauernd als den seinigen zu behalten. Der Schirm bleibt in meinem Gewahrsam, weil ich noch neben der physischen Verfügungsmöglichkeit den Willen habe, den Schirm als den meinigen zu behalten. Denn der Wille ist nicht nur auf das Haben-, sondern auch auf das Behaltenwollen gerichtet. Eine Augenblicksherrschaft ist keine Herrschaft. Eine vorübergehende örtliche Beziehung des Körpers zur Sache, wie hier zwischen dem Geschäftsinhaber und meinem Schirm — das „mit Händen ergreifen, mit Füßen betreten" — ersetzt den Gewahrsam nicht, wenn nicht eine relativ dauernde Möglichkeit der Einwirkung besteht. Diese wird eben erst hervorgerufen durch den Willen, die Verfügungsmacht über die Sache auszuüben. Der Inhalt desselben ist „das Haben- und Behaltenwollen; der Gewahrsamswille muß sich Dritten entgegen dauernd durchsetzen können".[1]) Es ist daher unzutreffend, wenn Schütze[2]) sagt, der Gewahrsam besteht in der „ausschließlichen Herrschaft des Individuums über einen dauernder Beherrschung zugänglichen Vermögensgegenstand ohne Rücksicht auf Wissen und Wollen des Inhabers. Dieser unrichtigen gegnerischen Ansicht folgt auch Römpler.[3]) Verfehlt ist es m. E. auch von Oppenhoff-Delius[4]) zu behaupten, die bei jener Innehabung obwaltende Willensrichtung sei nicht entscheidend, vielmehr komme es lediglich auf das tatsächliche (äußere) exklusive Verhältnis zur Sache, auf das physische Vermögen ausschließlicher tatsächlicher Herrschaftsausübung hinsichtlich derselben an. Nicht recht

[1]) Vgl. Rotering, Gerichtssaal, Bd. 38 S. 292 und Hälschner, Bd. 3 S. 431.

[2]) Lehrb., S. 427.

[3]) Der Begriff des Gewahrsams im Zivil- und Strafr. (1894).

[4]) Komm. zum St.G.B., S. 569 Anm. 16.

zu verstehen ist es, wenn er Rotering im Gerichtssaal Bd. 35, S. 354 dieselbe Meinung unterschiebt. Denn derselbe ist gerade entgegengesetzter Ansicht. Dort freilich spricht Rotering nur von dem rein äußerlichen, faktischen Verhältnis der Person zur Sache als Gewahrsamserfordernis. Später jedoch (S. 356) führt er des näheren aus, daß entschieden noch der „Wille" erforderlich ist, daß sich dieser in das äußerliche sichtbare Verhältnis der Person zur Sache hineinlegen muß, wenn diese „äußerliche, zeitlich-räumliche Beziehung der Person zur Sache Gewahrsam werden soll".[1])

Wie wir also aus unseren Erörterungen gesehen haben, ist es nicht möglich, den gegnerischen Ansichten beizustimmen; es könnte sonst überhaupt kein „Wegnehmen" stattfinden, wenn der von uns zum Gewahrsam als nötig erkannte Wille fehlen würde. Denn wenn niemand den Willen kundgegeben hat, eine Sache zu beherrschen, so kann sie ihm auch nicht „weggenommen" werden. Mag sich jemand auch in noch so unmittelbarer Nähe einer Sache aufhalten, niemals wird er jedoch den Gewahrsam an derselben haben können, wenn sich nicht der Wille zeigt, dieselbe zu beherrschen.[2]) Eine ähnliche Ansicht vertritt auch Liszt[3]) wenn er sagt: „Wille und Gewalt müssen nebeneinander vorhanden sein; diese ist ohne jenen nicht möglich, jener muß in dieser zutage treten." Das hat auch das Reichsgericht in richtiger Weise erkannt, wenn es sagt, „daß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen von einem ‚Besitz'[4]) überhaupt nur die Rede sein könne, wenn er mit dem Willen des Inhabers ausgeübt werde, und daß demnach ein tatsächliches Innehaben ohne jedes Bewußtsein rechtlich überhaupt nicht in Betracht komme."[5])

---

[1]) Rotering, Gerichtssaal, Bd. 35 S. 356.

[2]) Vgl. Olshausen, a. a. O. S. 906.

[3]) Lehrb., S. 424/425; ebenso Hälschner, Bd. 2 S. 284 und Harburger, a. a. O. S. 202.

[4]) Es meint hier den strafrechtlichen „Gewahrsam".

[5]) Entsch. d. R.G. i. Str., Bd. 12 S. 260.

Wir müssen also zu dem Schlusse kommen, daß der Gewahrsam im Sinne des Strafrechts überall dort gegeben ist, wo die Beziehung der Person zur Sache eine solche ist, daß die Sache eben weggenommen, entzogen, dem Güterkreis entrückt werden kann, welcher die Herrschaft begrenzt, vom Herrscherwillen also umfaßt wird, so daß also ein Lahmlegen dieses Willens gerade als der kennzeichnende Erfolg erscheint, das injuriöse Moment der Willensmißachtung. Es ist also der Herrscherwille das unumgänglich notwendige zweite Wesensmerkmal des Gewahrsams neben der bloßen räumlichen Beziehung. Und eine volle „Verkennung des einzigen für den strafrechtlichen Besitz wesentlichen Momentes bedeutet es, wenn man dem Gewahrsam das Willensmerkmal nehmen will.“[1])

Im folgenden wollen wir nun sehen, wie dieser Wille im Leben in die Erscheinung tritt und in welcher Weise er sich beim Gewahrsam betätigt. Es wird nicht immer möglich sein, daß dieser Herrscherwille sich unmittelbar an jedem einzelnen Gegenstande, der sich uns gegenüber in einem Herrschaftsverhältnis befindet, aktuell betätige. Eine solche Betätigung wird man höchstens bei einem Bettler wahrnehmen können, der alles das Seinige mit sich herumträgt und vielleicht auch bei seinem geringen Hab und Gut auch von jeder Sache genau Kenntnis hat, die er bei sich hat. Sobald aber der Güterkreis, wie es nach den gewöhnlichen Umständen des Lebens anzunehmen ist, sich über diesen Umfang hinaus erstreckt, ist es nicht immer möglich, den Willen auf jede einzelne Sache zu konzentrieren. Denn mein Wollen kann sich unmöglich auf jedes einzelne Stück beziehen, an dem mein Gewahrsam unstreitig besteht. Es kann also u. E. in der Regel nur von einem Willen über unseren gesamten Herrschaftskreis die Rede sein, den wir mit Kollektivwillen bezeichnen wollen. Ich habe z. B. Gewahrsam an allen Gegenständen, die sich in meiner Stube befinden. Dieses ist daraus

[1]) Binding, Lehrb., S. 286.

erkennbar, daß ich jemanden, der in mir erkennbarer dieblicher Absicht mein Zimmer betritt, schon dann als Dieb betrachte, wenn er überhaupt noch keine bestimmte Sache angefaßt hat, weil eben mein Wille sich auf alle Sachen im Zimmer bezieht. Dieselbe Ansicht vertritt auch Binding[1]) wenn er von einem „generellen Besitzwillen" spricht, der auf alle Sachen gerichtet ist, welche sich in meinem Zimmer, auf meinem Hofe, in meinem Magazin, in meinem Koffer, überhaupt in einer Sachquantität befinden. Auch ist es z. B. der Wille des Kaufmanns, daß der Kommis alles Geld, das ihm die Käufer im Laden übergeben, für ihn einnehme. Diesen Willen, der sich auf die Sachgesamtheit (Kollektivwillen) bezieht, nimmt auch in richtiger Erkenntnis Meyer-Allfeld[2]) an, indem er sagt: „Was den Willen und die Möglichkeit, eine Sache zu beherrschen, betrifft, so genügt es, daß die Sache zu einer Gesamtheit von Sachen gehört, auf die man einzuwirken in der Lage und Willens ist."

Auch schon bei der engsten Form des Gewahrsams, dem von Schütze so bezeichneten Taschengewahrsam zeigt sich dieser Kollektivwille als Erfordernis des Gewahrsams. Ich will z. B. alles Geld, das ich in meinem Portemonnaie oder frei in meiner Tasche trage, in meinem Gewahrsam haben, obwohl ich in der Regel nicht immer wissen werde, wieviel sich darin befindet und welche einzelne Geldstücke darin enthalten sind. Denn ich will ja eben über alles, was sich in meiner Tasche oder meinem Portemonnaie befindet, meine Verfügungsgewalt ausüben. Also auch hier äußert sich der Gewahrsamswille als ein Kollektivwille. Es setzt also der Gewahrsam immer voraus einen Herrscherwillen über alles, was in den Kreis der Willensherrschaft hineinfällt.[3]) Auch die reichsgerichtliche Praxis steht dieser Ansicht nicht entgegen, da es heißt,[4])

[1]) Lehrb., S. 287.
[2]) Lehrb. (1907), S. 455.
[3]) Vgl. Rotering, im Gerichtssaal, Bd. 38 S. 290.
[4]) z. B. Entsch. d. R.G., Bd. 30 S. 89.

„daß der Inhaber einer Räumlichkeit auch den Gewahrsam der in dieser befindlichen Gegenstände hat“. Der Besitzer eines vielleicht sehr ausgedehnten Grundstückes, z. B. eines großen Rittergutes mit industriellen Betrieben — Brauerei, Brennerei usw. — will den Herrschaftswillen über alles das Seinige, das sich in Häusern und auf Höfen, in Gärten, auf Feldern und in Wäldern befindet, in seinem Gewahrsam haben.

Wie steht es nun mit dem „Wissen“ beim Gewahrsam? Diese Frage kann vielleicht auf den ersten Blick überflüssig erscheinen. Es könnte dagegen eingewendet werden, daß das Wissen doch in dem Willen (den wir soeben als zum Gewahrsam gehörend erkannt haben) mit inbegriffen sei. Dieser Einwand ist an sich richtig, aber nicht in dieser allgemeinen Form. Wer eine bestimmte Sache beherrschen will, muß natürlich um diese Sache wissen. Grundsätzlich ist anzunehmen, daß eine Sache, von der ich nichts weiß, sich nicht in meinem Gewahrsam befinden kann. Wer aber alle Sachen, die an einem bestimmten Ort (in einem Zimmer, einem Hause, einem ganzen Grundstücke usw.) sich befinden, beherrschen will, muß um das betreffende Zimmer, das Haus, das Grundstück wissen; denn, wenn ich in bezug auf etwas einen Willen habe, muß mir dieses „Etwas“ zum Bewußtsein gekommen sein. Aber keineswegs ist es erforderlich, daß ich von der Existenz jedes eizelnen Gegenstandes weiß, der sich in diesen Räumen, überhaupt in einer Sachgesamtheit befindet. Wir werden sehen, daß das Wissen durchaus analog dem Willen zu behandeln ist. Diese Analogie ist aber in der Literatur nirgends behandelt, weshalb der oben gedachte Einwand leicht Verwirrung in die Sache bringen kann. Denn bei oberflächlicher Betrachtung ist zu besorgen, daß — um bei einem bestimmten Beispiel zu bleiben — derjenige, welcher den Willen an sämtlichen, in einer Stube befindlichen Gegenständen für notwendig erklärt, dann das Merkmal nicht auf diese Stube, sondern auf die einzelnen Gegenstände bezieht. Wir kommen also zu dem Schluß, daß das fragliche Wissensmoment zwar

zum Gewahrsam notwendig ist, aber nur in dem Umfange, in welchem wir den Willen für nötig erkannt haben. Da wir nun oben den Kollektivwillen für zum Wesen des Gewahrsams erforderlich und ausreichend erkannt haben, so folgt hieraus, als zum Gewahrsam notwendiges Wissen analog dem Kollektivwollen ein Kollektivwissen.

Es kann also das Wissen ein mehr oder weniger umfassendes sein, entweder begleitet von der Vorstellung der Sache und ihren wesentlichen unterscheidenden Merkmalen, oder ohne eine solche Vorstellung. Ist das Herrschaftsgebiet ein großes, so ist eine solche Vorstellung unmöglich. Täglich tritt es uns vor Augen, daß wir Gegenstände in großer Zahl und unstreitig in unserem Gewahrsam haben, um deren individuelle Existenz, bei der sehr großen Anzahl derselben, es uns geradezu unmöglich ist, um dieselben zu wissen. Es sei nur an Warenvorräte, Genußmittel, Baumaterialien, Erntevorräte, Fruchthaufen erinnert. Hier gehen die einzelnen Gegenstände so ins verschwindend Kleine oder ins Unzählige, daß man nicht einmal nach der Zahl rechnen kann, sondern sie auch im Gesamt berechnen muß, nach Gewicht und Raummaß. Es verschwindet hier offenbar das Interesse für den Einzelgegenstand, es genügt für meinen Gewahrsam, daß ich von der Gesamtheit dieser einzelnen Gegenstände weiß. Beim Öffnen fast eines jeden Behältnisses zeigt sich das Stückweise unseres Wissens. Auch habe ich ohne Zweifel das Buch in Gewahrsam, welches der reuige Dieb ohne mein Wissen, wieder in meine Bibliothek zurückgestellt hat, ebenso an den Fischen, die sich in meinem Netz fangen. Ich habe Gewahrsam an allen Briefen, die in meiner Abwesenheit und ohne mein besonderes Wissen in meinen Briefkasten geworfen werden. Denn durch die Anbringung des Briefkastens habe ich allgemein meinen Willen kundgegeben, alle die Briefe, die an mich kommen, in mein Gewaltbereich aufzunehmen und diesem Kollektivwollen entspricht das Kollektivwissen. So hat also der Besitzer eines Landgutes das Inventar, die Gutserzeugnisse, der Besitzer eines Gartens alle Garten-

gerätschaften, der Besitzer eines Ladens die Warenbehältnisse und die Waren selbst im Gewahrsam, gleichgültig ist es dabei, ob er um die Existenz eines jeden einzelnen Gegenstandes weiß; es kommt nur darauf an, daß ihm die Gesamtheit, in der sich die einzelnen Gegenstände befinden, zum Bewußtsein gekommen ist. Auch Liszt[1]) ist unserer Meinung, wenn er sagt: „Ein Wissen um die einzelnen Gegenstände, die sich in den vom Herrscherwillen allgemein umfaßten Räumen befinden, ist nicht erforderlich.“ Frank[2]) nimmt ebenfalls das von uns dargelegte und sogenannte Verhältnis des Kollektivwissens an; denn nach ihm kann der Gewahrsam an einer Sache auch andere Sachen mitergreifen, die in gewisse Beziehungen zu ihr treten, ohne daß in concreto eine Kenntnis von dem Vorhandensein dieser Beziehung nötig ist; jedoch, fügt er hinzu, muß man den Willen haben, den an der einen Sache bestehenden Gewahrsam auf andere auszudehnen. Ich brauche zwar nicht um den in meiner Räumlichkeit von einem anderen Inhaber zurückgelassenen Gegenstand zu wissen; es genügt, daß mir die Räumlichkeit als in meinem Gewahrsam befindlich zum Bewußtsein gekommen ist, dann erstreckt sich auch mein Gewahrsam auf alle darin befindlichen Gegenstände.[3]) „Ein genaues Wissen von dem Eintreten oder Vorliegen einer solchen Verfügungs- oder Beherrschungsmöglichkeit ist nicht unbedingt notwendig.“

In diesem Zusammenhange ist auch auf die Frage näher einzugehen, ob auch Kinder und Wahnsinnige Gewahrsam haben können. Dabei ist von vornherein darauf hinzuweisen, daß hier die Geschäftsunfähigkeit von § 104 und § 105 B.G.B. durchaus nicht in Betracht kommt. Man würde bei Beurteilung nach Bürgerlichem Recht mit Fiktionen operieren müssen, die aber, wie wir schon weiter oben bei dem Erbenbesitz erwähnt haben, für das Strafrecht über-

[1]) Lehrb., S. 425.
[2]) Lehrb., S. 382 Anm. IV.
[3]) Vgl. auch Harburger, in vergleich. Darstellung, S. 204.

haupt nicht in Betracht kommen können. Es ist also hier keineswegs Willensfähigkeit etwa mit Zurechnungsfähigkeit oder Geschäftsfähigkeit zu identifizieren, sondern es ist nur die rein tatsächliche Fähigkeit, eine Willensherrschaft auszuüben, für das Strafrecht in diesem Falle maßgebend. Es genügt mit anderen Worten der „reine menschliche Wille". Diesen können wir bei Kindern und Geisteskranken keineswegs leugnen.[1]) Denn „sie entbehren durchaus nicht so schlechthin desjenigen geistigen Vermögens oder, wenn man lieber will, derjenigen Form geistiger Tätigkeit, die wir als Wollen zu bezeichnen pflegen".[2]) Auch die Erfahrung lehrt, daß die in Frage kommenden Personen Sachen, welche ihrem Geschmack und ihren Gelüsten entsprechen, mit äußerster Hartnäckigkeit verteidigen.[3]) Man kann also nicht so allgemein, wie es Hälschner[4]) tut, sagen, daß sich Sachen, welche Kinder, Blödsinnige, Wahnsinnige bei sich tragen oder über die sie sonst in der Lage sind zu verfügen, sich nicht in deren Gewahrsam befinden. Vor allem ist es aber von Hälschner verfehlt, wie wir oben gesehen haben, als Grund dafür die Unzurechnungsfähigkeit und Handlungsunfähigkeit anzugeben. Auch Dickel[5]) schließt sich dieser gegnerischen Ansicht an, wenn er — ohne nähere Begründung — behauptet: „Wer keinen Willen hat, wie Kinder, Wahnsinnige usw.,

---

[1]) Vgl. in demselben Sinne Olshausen, S. 906 Anm. 16 zu 242.

[2]) Bierling, Jurist. Prinzipienlehre, Bd. 3 (1905) S. 173; vgl. auch a. a. O. Anm., Bd. 2 S. 173 oder wie Rotering (Annalen, Bd. 38 S. 2(2) sagt: „daß sie ihnen willkommene Dinge mit solchem intensiv sich Ausdruck verschaffenden Willen zu ergreifen und festzuhalten und der Wegnahme gegenüber einen so lauten Protest kundzugeben pflegen, daß die Möglichkeit einer solchen und damit des Gewahrsams sowohl als des Diebstahls zur Evidenz erhellt."

[3]) Auszuscheiden sind hierbei allerdings die allerersten Altersstadien; ebenso Stumpfsinn und Blödsinn.

[4]) Vgl. Hälschner, Das gemeine Deutsche Strafr., Bd. 2 S. 289.

[5]) Der Tatbestand des Diebstahls, S. 30; ebenso Binding, Normen, Bd. 2 S. 539 Anm. 773.

kann auch keinen Gewahrsam haben," obwohl er im folgenden ausdrücklich hervorhebt, daß nicht die Bestimmungen des Privatrechts, sondern die konkreten Verhältnisse in Betracht kämen.

Daß also bei Kindern und Geisteskranken das für den Gewahrsam erforderliche Merkmal des Willens vorliegt, ist ohne Zweifel anzunehmen. Jedoch wie weit dieser „Wille" anzunehmen ist, wird man von der Achtung vor der Intensität dieses Willens bei Kindern und Geisteskranken abhängig machen müssen und wir können mit Meyer-Allfeld[1]) sagen: „Der Gewahrsam kann auch durch eine unzurechnungsfähige Person, falls diese überhaupt nur einen Willen zu entfalten imstande ist, geübt werden." Und es steht also der Bejahung der Frage, ob die Gegenstände, die sich in Händen eines unmündigen Kindes oder Geisteskranken befinden, auch in deren Gewahrsam sind, kein stichhaltiger Grund für Fälle entgegen, „in denen solche Personen des Willens fähig sind, die körperliche Herrschaft auch auszuüben".[2]) Auch die Praxis teilt in richtiger Erkenntnis diese unsere Ansicht, indem das Reichsgericht[3]) ausdrücklich hervorhebt, daß der Satz furiosi nulla voluntas est, nicht so aufzufassen sei, daß jeder Geisteskranke in natürlichem Sinne willenlos sei, was ja gegen die Erfahrung sein würde, „sondern er bedeutet nur, daß der Geisteskranke gleich anderen handlungsunfähigen Personen da, wo es auf die zivilrechtliche Wirksamkeit seiner Willensakte, auch wenn er solcher in natürlichem Sinne fähig ist, und auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit für dieselben ankommt, vom Rechte so behandelt wird, als ob er keinen Willen habe. Seine Willensakte sollen keine rechtlichen Wirkungen hervorbringen; daß sie natürliche Wirkungen

[1]) Lehrb., S. 455.

[2]) Vgl. Harburger, a. a. O. S. 205; ebenso Liszt, Lehrb. S. 425: „Auch der Wahnsinnige, auch das Kind kann den Gewahrsam an einer Sache haben" und Oppenhoff-Delius, S. 570 Anm. 6.

[3]) Entsch. d. R.G. i. Str., Bd. 2 S. 333.

hervorbringen können, unterliegt keinem Zweifel". Im weiteren Zusammenhange weist das Reichsgericht auch darauf hin, daß keine Rechtsbestimmung vorhanden wäre, wonach der Wille beim Geisteskranken tatsächlich niemals zu finden sei, ebensowenig, wie es eine Bestimmung gebe, daß kein Geisteskranker den Willen haben könne, die körperliche Herrschaft über eine Sache auszuüben.

Eine weitere Frage ist die, ob Kinder oder Geisteskranke den Gewahrsam übertragen können. Hier wird hauptsächlich auf die schon erwähnte Intensität des Wollens Gewicht gelegt werden müssen und darauf, mit welcher Achtung demselben entgegengekommen wird. Denn es müßte doch in diesem Falle eine entsprechende Achtung vor der Ernstlichkeit des Wollens vorliegen. Diese ist aber bei Kindern und Geisteskranken nicht ohne weiteres gegeben. Und insoweit jedoch, als sie anzunehmen ist, ist auch Übertragung des Gewahrsams möglich, wenn z. B. aus Mitleid ein Kind oder Geisteskranker einem Bettler einen Gegenstand übergibt.[1]) Es ist also in diesem Falle nicht ohne weiteres der Ansicht von Meyer-Allfeld[2]) beizustimmen, daß „die im Rechtssinne willensunfähige Person den Gewahrsam nicht mit Rechtswirksamkeit übertragen kann . . . ."[3]) U. E. wird es als eine Tatfrage zu betrachten sein, ob die Gegenstände in den Gesichtskreis des Unmündigen derart hineinfallen, daß auch eine Übertragung möglich ist.[4]) Und in diesem Sinne spricht sich auch das Reichsgericht aus, welches dem Geisteskranken nicht den Willen abspricht, die Sache an eine andere Person „wegzugeben". „Bei dem Traditionsakte eines Geisteskranken, der eines solchen Aktes in natürlichem Sinne fähig ist, erwirbt also der Empfänger der Sache die Detention mit dem tatsächlichen Willen des Tradenten. . ."[5])

[1]) Vgl. Olshausen, S. 906 Anm. 16 zu § 242; ebenso Micelli, S. 51.
[2]) S. 455 Anm. 9.
[3]) Ebenso Liszt, S. 425; Harburger, a. a. O. S. 205.
[4]) So auch Merkel, in Holtzendorffs Handb., Bd. 3 S. 644.
[5]) Vgl. Entsch. d. R.G. i. Str., Bd. 2 S. 334.

§ 8.

Es soll nun gezeigt werden, welche Folgerungen sich aus dem oben auseinandergesetzten Wesen des Gewahrsams für den Erwerb, die Fortdauer und den Verlust desselben an einer Sache ergeben.

1. Der Gewahrsam wird nach obigen Ausführungen erworben, wenn sämtliche Momente, die zu dem Wesen des Gewahrsams notwendig gehören, vorhanden sind, d. h. also ein räumliches Herrschaftsverhältnis und der Wille, die zu erlangende Sache in seinen Herrschaftskreis einzuziehen. Erst, wenn diese Erfordernisse da sind, dann erwirbt man den Gewahrsam an einer Sache. Es wird also notwendig sein, daß derjenige, der den Gewahrsam an einer Sache erwerben will, dieselbe in ein von ihm beherrschtes Gebiet einbringt und dabei den Willen zu erkennen gibt, dieselbe zu beherrschen und zu behalten; also der von uns geforderte Kollektivwille genügt schon zur Begründung des Gewahrsams neben dem räumlichen Herrschaftsverhältnis.[1]) Sehe ich z. B. eine gefüllte Börse auf der Straße liegen und hebe dieselbe auf, um sie nur zu besichtigen, lege sie aber wieder an die Fundstelle zurück, so habe ich damit noch nicht trotz der nahen räumlichen Beziehung und der dadurch ungehindert möglichen Ausübung der tatsächlichen Gewalt Gewahrsam an derselben erlangt. Was noch dazu fehlt, um den Gewahrsam zu erwerben, ist das Moment des Willens. Der Gewahrsam ist daher erworben, wenn ich die Börse in meine Tasche stecke. Denn durch das Unterbringen der Börse in meiner Tasche habe ich den Willen kundgegeben, dieselbe zu behalten. Da ich nun alles, was sich in meiner Tasche befindet, auch in meinem Gewahrsam haben will, wie oben auseinandergesetzt, so habe ich auch jetzt Gewahrsam an der Börse erworben. In derselben Weise erwerbe ich auch den Gewahrsam z. B. an Büchern, die ich in meine Bibliothek stelle usw.

[1]) Vgl. oben S. 28 ff.

2. Ebenso ist das Vorhandensein derselben Momente erforderlich, wenn der Gewahrsam an einer Sache fortdauern soll. Wie wir oben des näheren ausgeführt haben, sind alle Sachen, die sich in meinem Herrschaftsbereiche befinden, unstreitig in meinem Gewahrsam. Wenn ich nun innerhalb dieses Bereiches, z. B. in meiner Stube, meinem Hause, meinem Garten, Felde usw. eine Sache verlegt habe, d. h. wenn sich die Sache in dem mir zugänglichen Bereiche zwar befindet und ich weiß, wo ich dieselbe zu suchen habe, aber nur nicht genau, wo sie ist,[1]) so dauert der einmal an ihr begründete Gewahrsam trotzdem fort. Denn das räumliche Herrschaftsverhältnis hört dadurch immer noch nicht auf, ebenso ist hier der Kollektivwille, kraft dessen ich alles, was sich in meinem Bereiche befindet, auch in meinem Gewahrsam haben will, nicht aufgegeben, wenn ich auch nicht gerade von der Existenz eines jeden einzelnen Gegenstandes weiß (Kollektivwissen),[2]) das ja, wie wir oben gesehen haben, zum Gewahrsam nicht erforderlich ist.

Besonders ist hier zu betonen, daß der Gewahrsam immer fortdauern wird, wenn der Wiedererlangung keine erheblichen äußeren Hindernisse entgegenstehen werden.[3]) Diese können dadurch hervorgerufen werden, daß z. B. die Wiedererlangung mit unverhältnismäßigen Kosten verknüpft sein würde oder durch unüberwindliche natürliche Lagen, in welche die Sache gerät, wenn ich z. B. von einem auf hoher See befindlichen Ozeandampfer einen Ring ins Meer verliere.

Ebenso wird man eine Fortdauer des Gewahrsams insbesondere bei vergessenen oder liegengebliebenen Sachen annehmen müssen,[4]) d. h. also solchen Sachen, die durch Ablenkung der Aufmerksamkeit an einem bekannten von uns verlassenen Ort zurückgeblieben sind; wenn man

---

[1]) Ähnlich Olshausen, S. 907 Anm. 17b α.
[2]) Vgl. oben, S. 36 ff.
[3]) Ebenso Frank, S. 384 Anm. 5.
[4]) Entgegengesetzt Frank, S. 384 Anm. 5 und Hälschner, S. 433.

also weiß oder sich später erinnert, wo sich dieselben befinden müssen; immer aber ist natürlich auch hier darauf Rücksicht zu nehmen, daß nicht solche Hindernisse vorhanden sind, die die Wiedererlangung unmöglich machen, z. B. allzugroße Entfernungen von dem vergessenen oder liegengebliebenen Gegenstande. Und es ist hier Meyer-Allfeld[1]) beizustimmen, wenn er sagt: „Man behält den Gewahrsam an einem Schirm, den man auf einer Bank liegen ließ, solange man weiß, wo man ihn gelassen hat.“ Von denselben Gesichtspunkten geht auch die reichsgerichtliche Praxis aus, wenn das Reichsgericht[2]) z. B. statuiert, die Fortdauer des Gewahrsams sei unbedenklich anzunehmen, wenn der Verbleib eines Gegenstandes noch nicht dem Gedächtnisse entschwunden sei und sonstige Hindernisse, die die Wiederansichnahme vereiteln könnten, nicht vorliegen.[3])

Es ist daher m. E. nicht richtig, wenn Frank[4]) behauptet, daß der Gewahrsam an Sachen, die an einem dritten bekannten Orte aus Vergeßlichkeit liegen gelassen worden sind, regelmäßig nicht mehr fortdauere, „weil in der Mehrzahl dieser Fälle die normale Beziehung zu ihr beseitigt ist“. Was er hier unter „normaler Beziehung“ versteht, läßt er allerdings unerklärt. Jedenfalls ist aber — wie wir unten sehen werden — der Gewahrsam erst dann verloren, wenn der Ort der Zurücklassung unbekannt und die Möglichkeit der Wiedererlangung abgeschnitten ist. Es ist im Gegensatz zu der gegnerischen Ansicht wohl anzunehmen, daß bei den heute vorhandenen Verkehrseinrichtungen und Polizeivorschriften in der Mehrzahl der in Frage kommenden Fälle der Gewahrsam an den aus Vergeßlichkeit liegen gebliebenen Sachen fortdauern wird.

---

[1]) Lehrb., S. 456 Anm. 4; ebenso Liszt, S. 425.

[2]) Entsch. d. R.G. i. Str., Bd. 2 S. 279.

[3]) Ebenso Stenglein, Zeitschr. Bd. 13 (neue Folge Bd. 3) S. 338. Oppenhoff, Rechtspr. Bd. 16 S. 764.

[4]) a. a. O. S. 384; ebenso Hälschner, Syst. d. Pr. St.R. S. 433.

Nicht ganz richtig ist es allerdings, wenn man auf die Fortdauer des Gewahrsams nur aus den zu Gebote stehenden Verkehrsmitteln schließt, wie es das Reichsgericht in der Entscheidung vom 22. Mai 1896[1]) tut, zu welcher sich Frank also nicht ganz mit Unrecht in Gegensatz setzt. Es sei für die Fortdauer des Gewahrsams in gewissen Fällen auf andere Weise bewiesen. Habe ich z. B. ein Paket in einem Eisenbahnzuge, einer Straßenbahn liegen gelassen oder einen Mantel im Wirtshause aus Vergeßlichkeit hängen gelassen, so wird zwar hier meine Beziehung zu der Sache auf längere oder kürzere Zeit unterbrochen. Aber gleichzeitig mit dem Augenblick, in dem es sich den Umständen nach ergibt, daß die Sachen in den betreffenden Räumen oder Wagen aus Vergeßlichkeit liegen geblieben sind, tritt der Wille des Wirtes oder der Eisenbahnverwaltung ein, über die Sachen zu verfügen. Dieser „subsidiäre Besitzerwille", wie ihn Binding[2]) treffend bezeichnet, gibt sich dadurch kund, daß bei diesen Verwaltungen oder Instituten durch öffentliche Bekanntmachung eine Verwahrung von Fundsachen übernommen wird. Insofern also dieser „subsidiäre Besitzerwille" eintritt und ich jederzeit die nur auf kurze Dauer unterbrochene tatsächliche Gewalt wiedererlangen kann, ist eine Fortdauer derselben anzunehmen, vorausgesetzt natürlich, daß der Ort, wo ich die Sache vergessen habe, mir vollkommen bekannt ist.[3]) Jederzeit wird es dann in meiner Macht stehen, den Gewahrsam eines aus Vergeßlichkeit liegen gelassenen Gegenstandes auf diese Weise wiederzuerlangen.

3. Was schließlich den Verlust des Gewahrsams an einer Sache betrifft, so erhellt es aus den Ausführungen über das Wesen des Gewahrsams, daß der Gewahrsam schon verloren ist, sobald auch nur eines der Erfordernisse, die das Wesen des Gewahrsams ausmachen, wegfällt. Es

[1]) Entsch. d. R.G. i. Str. Bd. 38 S. 444.

[2]) Lehrb., S. 288.

[3]) Ähnlich im Prinzip auch Hilse, Goltdammer, Arch. Bd. 39 S. 412 und Olshausen, S. 907 Anm. 17.

wird der Verlust des Gewahrsams sich ereignen beim „Eintritte eines ihn in erkennbarer Weise und nicht nur vorübergehend beseitigenden Ereignisses", um mit Liszt[1]) zu reden. Der Gewahrsam an einer Sache wird also mit anderen Worten dann als verloren anzusehen sein, wenn die Sache sich in einer Lage befindet, in der es nicht mehr möglich ist, daß der bisherige Inhaber derselben dauernd zu ihr gelangen kann. Das wird hauptsächlich z. B. der Fall sein bei verlorenen Sachen, d. h. solchen Sachen, die sich tatsächlich nicht mehr in dem Bereiche des Gewahrsamsinhabers befinden und von denen derselbe auch nicht weiß, wo sie sich befinden.[2]) Für den Verlust des Gewahrsams besondere Beispiele anzuführen, würde sich erübrigen; es sei hier auf die obigen Ausführungen über das Wesen des Gewahrsams hingewiesen. Fällt nun eines dieser erforderlichen Wesensmerkmale fort, so tritt eben, wie schon betont, sofort der Verlust des Gewahrsams ein. Besonders sei hier noch darauf hingewiesen, daß — abgesehen von dem unfreiwilligen Verlieren einer Sache — das Verlorengehen des Gewahrsams hervorgerufen werden kann entweder mit dem Willen des bisherigen Inhabers, also z. B. durch Dereliktion oder auch durch die erkennbare Form der Übertragung des ausschließlichen Gewahrsams an eine andere Person.[3])

§ 9.

Wenn zum Schluß das Wesen des Mitgewahrsams in einem besonderen Abschnitte behandelt werden soll, so ergiebt sich dies daraus, daß der Mitgewahrsam im praktischen Leben dann eine wichtige Rolle spielt, wenn es in Frage steht, ob wegen Unterschlagung bestraft werden soll oder wegen des schärfer zu ahndenden Diebstahls.

Mitgewahrsam liegt vor, wenn bei mehreren Personen alle die Momente vorliegen, die bei jeder einzeln den Ge-

[1]) Lehrb., S. 425.
[2]) Ähnlich auch Meyer-Allfeld, S. 456.
[3]) Vgl. hierzu auch Hälschner, Bd. 2 S. 430.

wahrsam begründen würden. Dies ist unbestreitbar und alles, was in der Literatur über Mitgewahrsam zu finden ist, bezieht sich im letzten Ende immer nur darauf, unter welchen Umständen eben für jeden „Mitgewahrsams"-Inhaber der Gewahrsam begründet ist, so daß es sich immer im Prinzip um die Voraussetzung des Gewahrsams (nicht des Mitgewahrsams) handelt.

Immerhin verdienen folgende Punkte der Erwähnung. Das zivilistische Analogon des „Gewahrsamshalters" nach den Ausführungen Harburgers[1]) ist ganz abzulehnen, da es geeignet ist, diese Ausführungen im allgemeinen zu verwischen. Denn wir haben oben gesehen, daß der strafrechtliche Begriff des Gewahrsams mit dem zivilrechtlichen Begriff des Besitzes nichts zu tun hat, vielmehr ein an das praktische und natürliche sich wendender Begriff ist. Übrigens ist der Gebrauch dieses Terminus dazu angetan, in die Verhältnisse des Mitgewahrsams im besonderen Unklarheiten zu tragen. Harburger selbst zieht in der Erörterung dieser Frage den Begriff des Mitgewahrsams heran, gibt aber durchaus keine Unterscheidung desselben von dem des Gewahrsamshalters und des eigentlichen Gewahrsamsinhabers.

Ebenso verweist derselbe bezeichnender Weise auf das Zivilrecht. Hierin in vollem Gegensatz zu unseren obigen Ausführungen, in denen dargetan ist, daß der zivile Besitz eben gerade mit dem strafrechtlichen Gewahrsam nichts zu tun hat.

Gehen wir nun auf das Wesen des Mitgewahrsams weiterhin näher ein, so kann es zunächst zweifelhaft erscheinen, ob der Mitgewahrsams-Inhaber durch Wegnahme der betreffenden Sache sich eines Diebstahls oder einer Unterschlagung schuldig macht. Diese Alternative ist zweifellos im ersteren Sinne zu entscheiden. Denn jedenfalls hat der Mitgewahrsams-Inhaber einen Gewahrsamsbruch begangen, insofern er nämlich den Gewahrsam des

[1]) a. a. O. S. 201.

anderen Mitgewahrsams-Inhabers verletzt hat, es liegt also Diebstahl vor. Darüber ist man auch in Wissenschaft[1]) und Praxis[2]) einig und es bedarf an sich keiner näheren Ausführung.

Sodann aber wird man sich gegen die Auffassung wenden müssen, die bei einem Subordinationsverhältnis der Mitgewahrsams-Inhaber von einem oberen und unteren oder engeren und weiteren Gewahrsam spricht.[3])

Theoretisch nämlich ist es unerlaubt bei einem rein tatsächlichen Verhältnis, wie es der Gewahrsam ist, (s. oben) von einer Subordination zu reden, als welche auf eine rechtliche Beziehung der in diesem Subordinationsverhältnis stehenden Personen hingewiesen wird. Es muß vielmehr dabei bleiben, daß der Gewahrsam als tatsächliches Verhältnis keine Einteilung erfahren darf auf Grund eines Rechtsverhältnisses, in dem die betreffenden Gewahrsams-Inhaber stehen. Deshalb ist die ganze Unterscheidung von oberem und unterem Gewahrsam usw. abzulehnen.

Praktisch aber wäre diese Einteilung wertlos. Denn ob der eine von zwei Mitgewahrsams-Inhabern den oberen, der andere den unteren Gewahrsam hat, ändert nichts daran, daß eben beide Gewahrsam, d. h. Mitgewahrsam, haben. Es wird vielmehr durch diese Unterscheidung die Gefahr der Verwechslung des unteren Gewahrsams mit dem Besitzhalter-Verhältnisse des B.G.B. nahe gelegt.[4]) Daß aber die Besitzverhältnisse des B.G.B. mit dem Gewahrsam des St.G.B. gar nichts zu tun haben, ist schon oben bewiesen.

Ganz verfehlt aber ist es, wenn man den Inhaber des oberen Gewahrsams, welcher die betreffende Sache sich

[1]) Vgl. Hälschner, Bd. 3 S. 640 u. a.

[2]) Entsch. d. R.G. i. Str., Bd. 2 S. 1, Bd. 21 S. 16, Bd. 30 S. 88; Oppenhoff, Rechtspr. Bd. 7 S. 302.

[3]) So Micelli, S. 75 oben; Ewald, S. 44; Ehrenhard, S. 24, 25.

[4]) So Micelli, S. 75; Ehrenhard, S. 24 usw.; richtig Frank, S. 383.

allein zueignet, nur wegen Unterschlagung, den des unteren Gewahrsams aber wegen derselben Handlung wegen Diebstahls bestrafen will.[1]) Denn, wenn es richtig wäre, daß dem Inhaber des oberen Gewahrsams nur Unterschlagung zur Last fiele, so dürfte er sich doch keines Gewahrsamsbruches schuldig gemacht haben (§ 246 St.G.B.), der andere dürfte also gar keinen Gewahrsam haben: es ist aber absurd, wenn man jemanden, der gar keinen Gewahrsam hat, als den Inhaber eines „unteren" Gewahrsams, also jedenfalls als einen Gewahrsams-Inhaber bezeichnet!

An der Hand dieser Ausführungen werden sich die in der Literatur oft sehr eingehend behandelten Fragen in diesem Zusammenhange, wo vom Wesen des Mitgewahrsams gesprochen wird (nicht von seinen Anwendungsfällen) – denn dies richtet sich eben danach, ob alle in Betracht kommenden Personen Gewahrsam haben — erledigen. So werden wir z. B. den Ausführungen Micelli's S. 77 ff. im wesentlichen zustimmen können und nur ihre Stellung im System der Arbeit zu bemängeln haben: Denn alles dort Gesagte gehört nicht zum Wesen des Mitgewahrsams, sondern zu dem des Gewahrsams.[2])

[1]) Wie Ewald., S. 45 oben.

[2]) Wenn z. B. Ewald S. 51 sagt: „Wann indessen im einzelnen der Gewahrsam auf seiten der Angestellten anzunehmen sein wird, läßt sich nicht generell bestimmen, ist vielmehr Tatfrage", so zeigen diese Worte deutlich, daß diese Erörterungen gar nicht hierher, unter die Frage des Mitgewahrsams gehören.

Für die gütige Förderung bei Anfertigung vorstehender Arbeit bin ich Herrn Geh. Justizrat Prof. Dr. Gretener zu aufrichtigem Danke verpflichtet.

Lebenslauf.

Am 29. März 1882 wurde ich Hans Weber, evangelischer Religion und preußischer Staatsangehörigkeit zu Breslau als Sohn des Kaufmanns Friedrich Weber und seiner Ehefrau Marie geb. Markstein geboren. Ich besuchte das Breslauer Elisabeth-Gymnasium und das Kaiser Wilhelm-Gymnasium zu Strehlen i/Schl. Auf letzterem erhielt ich Michaelis 1904 das Zeugnis der Reife. Hierauf widmete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft und zwar je 1 Semester in Halle und Berlin und 4 Semester in Breslau, um dasselbe mit dem Doktor-Examen abzuschließen.

Vorlesungen habe ich gehört bei den Herren Professoren:

Brunner, v. Blume, Dahn, Fischer, Gretener, Hedemann, Heilborn, Hellwig, Hintze, Jörs, Kaufmann, Klebs, Klingmüller, Köbner, Kohler, Krahmer, Krauel, Kükenthal, Leonhard, Meyer, Rehme, Schott, Seckel, Semrau, Sombart, Stammler, Stein, Moeli, Wolf.

Vom 15. März 1907 bis 29. Februar 1908 genoß ich meine kaufmännische Ausbildung in der Landwirtschaftlichen Ein- und Verkaufs-Genossenschaft für Schlesien in Breslau. Die Zeit vom 1. März vorigen Jahres an benutzte ich zur Anfertigung meiner Doktorarbeit und zur Vorbereitung für das rigorosum, welches ich am 4. Mai 1909 bestand.

Seit dem 15. März 1909 bin ich Beamter der Cellulose-Fabrik Feldmühle Akt.-Ges., Centralbureau Breslau.